COMENTARIO

HISTÓRICO, CRÍTICO Y JURÍDICO

Á

LAS LEYES DE TORO

Continuacion del que empezó á publicar

EL EXCMO. SR. D. JOAQUIN FRANCISCO PACHECO

POR

D. JOSÉ GONZALEZ Y SERRANO

ABOGADO DEL COLEGIO DE MADRID

OBRA PÓSTUMA

TOMO II

MADRID
IMPRENTA Y FUNDICION DE M. TELLO
Isabel la Católica, 23
1876

PRÓLOGO.

Una razon poderosa y apremiante excusába nuestro atrevimiento al escribir en ménos de dós meses un apéndice á los comentarios del Código penal del gran Pacheco. La revolucion, que nada respeta, puso su atrevida planta sobre nuestra mejor obra jurídica, no limitándose á las racionales modificaciones que aconsejára la experiencia de veinte años.

Las Córtes Constituyentes habian promulgado una Constitucion amalgamando principios y doctrinas que representaban verdaderamente el caos de la política española. Al lado de principios conservadores de la buena escuela, se asentaban como axiomas teorías democráticas, que estaban en abierta contradiccion con la verdadera doctrina monárquico-constitucional.

La consecuencia inmediata de esta amalgama la sintió bien pronto el Gobierno de la revolucion. Queria obedecer y que los españoles obedecieran una ley impracticable, y el ingenio de sus jurisconsultos no encontró otro medio que el de variar el Código penal en sus disposiciones más importantes.

La ley constitutiva del Estado enaltecia los derechos llamados individuales sin cortapisa de ningun género, ó con levísimas excepciones, que coartaban y encerraban en un círculo de hierro el gran principio de autoridad. Se quiso explicar el texto constitucional dando garantías á la sociedad, y para

eso se reformó el Código escribiendo artículos sangrientos contra la prensa y contra esos llamados derechos ilegislables.

Consecuencia forzosa era que con reformas tan notables el Código penal moderno introdujera grandes variaciones en el antiguo. Los comentarios que sobre este se habian escrito podrian leerse en adelante por curiosidad; pero no eran necesarios para el estudio de la ley vigente. Los de Pacheco serian estimados siempre por todo jurista; pero no sería un libro manual para aplicar la ley; y la gran edicion, que era la cuarta, que acababa de hacer la viuda de aquel distinguido jurisconsulto, podria archivarse como otras obras de gran valía.

Dijimos en la introduccion de nuestro apéndice que para evitar esta ruina, y que los comentarios de Pacheco conserváran la nombradía que hasta entónces habian tenido, escribíamos nuestro libro concordando el Código moderno con el antiguo, y comentando cuantas variaciones se habian hecho por la escuela democrática.

Cuál es el éxito que ha tenido aquel apéndice no nos toca á nosotros decirlo. En ménos de tres años casi se ha concluido la primera edicion, sin haber remitido un solo ejemplar á Ultramar, á pesar de habérsenos pedido algunos cientos.

Pero no es esta la mayor satisfaccion del autor. Teniendo relaciones estrechas con la mayor parte de los distinguidos jurisconsultos de España, de casi todos ha recibido finísimos plácemes aplaudiendo el pensamiento, la oportunidad de la obra y su excelente desempeño. Cartas de gran estima conservará el autor como muestras de tierna y cariñosa amistad, sin que por su contenido se aturda ni ensoberbezca el modesto jurista, que vuelve á dirigirse al público por una causa análoga á la que le obligó á escribir el apéndice sobre el Código penal.

Sabe España que Pacheco habia emprendido un trabajo

más difícil que el de comentar la ley penal. No habia pensado en ésta ni remotamente, cuando en los albores de su juventud se le ocurrió ensayar la gran empresa de explicar nuestra legislacion civil, la parte más sana de ella, las leyes de la reina Isabel I, promulgadas en Toro al principio del reinado de su hija Doña Juana.

Y en medio de sus inmensas ocupaciones, de su vida azarosa, de sus luchas parlamentarias, emprendió esa obra y publicó el primer tomo en Agosto de 1862.

El último libro que vemos de Pacheco nos parece el mejor, ya sean sus investigaciones sobre Italia, ya comente el Código penal, ya comience una gran historia, la de la regencia de Doña María Cristina de Borbon. Pero la verdad es que ninguno de esos libros, á los ojos del filósofo, puede compararse con los comentarios á las venticuatro primeras leyes de Toro, que comprende el único tomo que escribió sobre esta dificilísima materia.

A su regreso, la tercera vez que estuvo en Roma de embajador, tenía ánimo resuelto de dedicarse exclusivamente á continuar esos estudios y escribir los otros dos tomos de esta obra magistral, y algunos dias ántes de morir decia al autor de estas líneas, mostrándole grandes resmas de papel: esos pliegos se convertirán en dos libros que has de leer con mucho gusto.—¿Cuántas correcciones harás? le pregunté.—Las ménos posibles, aunque el asunto es espinoso.

No hay en esto exageracion. Pacheco no corregia nunca sus discursos, y fueron los más elocuentes que se pronunciaron en el Parlamento. Pacheco jamas enmendaba sus escritos. Salian de su pluma con una correccion admirable, no valiéndose jamas de amanuense, y esto lo saben todos los procuradores de Madrid, y más aún los impresores de sus obras.

Aquel talento inmenso sucumbió en veinticuatro horas, y no escribió ni una línea siquiera para el segundo tomo de los

comentarios de las leyes de Toro. ¿Hay posibilidad y oportunidad de concluir esta obra? Nuestra querida hija política, la viuda de aquel célebre hombre, nos viene animando hace cuatro años á emprender esta tarea, y nos estrecha tanto más desde el feliz ensayo hecho en el apéndice del Código penal. Pero no es ella sola, y aquí nos vamos á permitir una licencia. Ha habido en el Foro de Madrid un profundo jurisconsulto, admirado por todos sus compañeros en los debates jurídicos. Este jurista nos lo han arrebatado y encerrado en el Supremo Tribunal. Pues bien; ese gran magistrado, nuestro queridísimo amigo, el Sr. Gonzalez Acevedo, al acusarnos el recibo, y darnos cuenta de la lectura de nuestro apéndice al Código penal, nos ha dicho en una elocuente carta: «Tienes obligacion, y la ciencia exige que concluyas las obras de Pacheco, porque con tu libro del Código penal, tú sólo eres capaz de dar cima á esta colosal empresa.

¡Pobre de mí! He apreciado esta lisonja amistosa, y me ha parecido en efecto que debo cumplir esa mision. Vea el lector cómo los ruegos de una dama muy querida, y los consejos de un apasionado amigo nos han obligado á robar cuatro horas diarias á las nueve que dedicamos á nuestra numerosa clientela, y ha decidido emprender el ímprobo trabajo de explicar más de las dos terceras partes de las leyes de Toro, que abrazan en realidad toda la legislacion civil de España.

No debemos ocultar que más de una vez nos hemos arrepentido de emprender esta tarea. La materia es difícil y superior á las fuerzas de un hombre; pero en el curso de nuestra laboriosa vida y en medio de las luchas del Foro y del Parlamento, nuestro carácter se ha distinguido por su constancia en remover obstáculos; y reconociendo la imperfeccion de estos comentarios nos queda un solo consuelo, y es que esta obra no es peor que las de los diez y seis comentaristas que han glosado las leyes de Toro, dando lugar á mayores dudas que

las que trataron de explicar y resolver los Reyes Católicos.

Nuestra glosa tendrá, sin embargo, dos ventajas sobre todas las demas. Será la primera, estar escrita con la posible claridad, y siendo más patente aún la utilidad de la segunda, reducida á consignar el derecho constituido, apoyándole en la doctrina de los varios y distinguidos jurisconsultos que han comentado esas leyes, y más aún acudiendo á las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, que forman hoy la verdadera jurisprudencia española, por más que haya que lamentar muchas veces el abuso de los casuistas, que para todo encuentran una resolucion adecuada en esas sentencias, y con ellas sostener la causa que defienden. Achaque antiguo es este, no sólo en las discusiones forenses, sino en todo debate en que hay intereses encontrados. Aunque la ley sea explícita, siempre habrá comentadores, y los Códigos modernos no han destruido todas las dudas que diariamente se ofrecen al hacer la aplicacion práctica de sus disposiciones.

Interin se redacta y publica el Código civil, que tantas veces se ha prometido á los españoles, de algo ha de servir este comentario á esas tan renombradas leyes. Despues irá nuestro libro á formar parte del Catálogo de autores olvidados que han dedicado su vida al penoso estudio de la ciencia del derecho.

En suma: hemos querido encerrar en dos tomos todo lo mejor que contienen los comentadores de las leyes de Toro, los glosadores de Febrero y las sentencias del Supremo Tribunal. Si hubiéramos conseguido nuestro objeto, este libro bastaria para resolver cualquiera duda de jurisprudencia civil, sin necesidad de engolfarse en el estudio de otras obras.

LEY VIGÉSIMAQUINTA.

(L. 9.ª, LIB. X, NOV. REC.)

El tercio é quinto de mejoría, fecho por el testador no se saque de los dotes é donaciones *propter nuptias*, ni de las otras donaciones que los fijos ó descendientes trajesen á colacion ó particion.

COMENTARIO.

1. El texto de la Ley no puede estar más claro y explícito, y su precepto debia evitar toda nueva duda sobre la manera de hacer las particiones de los bienes de un finado que hubiere hecho mejoras en favor de uno de sus hijos, alguno de los cuales hubiera recibido dote ó donacion en épocas anteriores.

2. Hasta entónces, no sólo los jurisconsultos, sino los tribunales resolvian los casos en abierta contradiccion. Unos, suponiendo que era caudal partible todo lo que formaba el cuerpo de hacienda del testador, sostenian que de la totalidad de estos bienes debian sacarse las mejoras del tercio y quinto. Otros, por el contrario, y con más razon, como luégo lo declaró la ley, defendian que en realidad habian salido de manos del padre ó de la madre los bienes que habian dado en absoluto dominio á sus hijos, y no podian formar ya parte del patrimonio que se habian de dividir para sacar las mejoras, si bien debian tenerse en cuenta esos mismos capitales y traerlos á colacion para que no hubiere desigualdad en las legítimas de los hijos.

3. Con el fin de establecer un principio fijo, á que debieran atenerse los tribunales, se promulgó la ley que ahora comenta-

mos, y cuyo texto no deja lugar á duda, ni ménos permite que se interprete con cavilosidades ni sutilezas.

4. Sin embargo, si se abren los libros de los comentaristas á estas leyes, desde Castillo hasta Llamas de Molina, se verá que aunque los más ilustrados, como Antonio Gomez, Matienzo, Avendaño y otros dan la verdadera significacion á la ley, no faltan algunos, como Tello Fernandez, y áun Palacios Ruvios, que establecen casos en que suponen que las mejoras pueden y deben sacarse de las dotes y donaciones *propter nuptias* dadas con anterioridad.

5. Estas opiniones están en oposicion abierta con el precepto de la ley; y cuando ésta no distingue, no es lícito ni permitido al jurista, y ménos al magistrado, establecer excepciones y casos particulares. El precepto es uno, constante, absoluto é invariable, y no es lícito ni permitido establecer ejemplos, de los cuales verdaderamente resulte una injusticia, que no la causa por cierto, ni descansa en el precepto de la ley, sino que es producto de las vicisitudes de los tiempos.

6. No es este lugar oportuno de hablar de la conveniencia ó inconveniencia de la libre y absoluta facultad de testar, dando la preferencia á la legislacion de Castilla, que creó la herencia forzosa de ascendientes y descendientes, ó á los fueros de Navarra y Aragon, que permiten desheredar á los hijos y ascendientes, creando al propio tiempo un derecho de viudedad como santificacion del matrimonio. Cuestiones árduas y difíciles, y sobre las cuales no ha dicho su última palabra la ciencia. Quizá expongamos nuestro sentir en alguno de los comentarios de las leyes posteriores; pero por ahora nos basta indicar que la legislacion de Castilla, facultando para hacer donaciones *propter nuptias* y mejoras de tercio y quinto, ha dado gran amplitud á la facultad de testar, estableciendo esas desigualdades para premiar los mejores servicios de los ascendientes y descendientes, y áun rendir homenaje al cariño.

7. No es, por lo tanto, razon bastante obligar á decir á la ley lo que no expresa, porque resulte desigualdad en las legítimas de los hijos, que puede ser tan grande, que uno reciba mucho y otro no reciba absolutamente nada, como diariamente viene aconteciendo y acontece á menudo en los tiempos modernos por la volubilidad de las fortunas. Un padre posée grandes capitales que dedica al comercio. Casa una de sus hijas y la dota, dándola v. gr. medio millon de reales, cuya cantidad no excede á la que otra ley, que luégo comentaremos,

permite dedicar á estas larguezas. Pero al año ó los dos años el comerciante quiebra y queda arruinado. Los demas hijos no recibirán nada, ni por mejoras, ni por legítimas, y la hija casada no tendrá obligacion de restituir el capital que recibió en dote, el cual salió del patrimonio del padre adquiriendo el absoluto dominio otra familia que pudo tambien disponer de él en especulaciones ó en cubrir las propias necesidades del nuevo matrimonio.

8. Y si esto acontece, no pudiéndose sacar de las dotes y donaciones *propter nuptias* las legítimas de los hijos, resultando ricos los que se hubiesen casado y recibido esas dotes y donaciones, y pobrísimos los menores por los infortunios acaecidos en la familia, ménos habrá derecho á sacar mejoras de tercio y quinto de caudales que han desaparecido de las familias; y que si es justo que se traigan á colacion para igualar las legítimas cuando verdaderamente existe caudal, no debe tenerse presente la antigua grandeza para aumentar ese desnivel de las fortunas de los hijos, dadas la utilidad y conveniencia de la legítima forzosa.

9. Así es que, segun nuestra doctrina y la práctica constante, no se hacen distinciones entre los casos en que las dotes y donaciones *propter nuptias* excedan ó no excedan de las legítimas, porque ya hemos dicho que esos capitales, que habian salido de la familia, no podian figurar en los haberes del padre sino para igualar á los demas hijos en lo posible. La citada ley 25.ª no hace más que confirmar lo que ya estaba dispuesto en las 19.ª y 23.ª, tan admirablemente comentadas por Pacheco. En la primera se dice, de un modo rotundo, que el tercio no excederá de lo que *montare ó valiere la tercia parte de todos los bienes del testador al tiempo de su muerte.* Y más explícita aún es la ley 23.ª, que añade: que *cuando el padre ó la madre hiciere alguna mejoría del tercio de sus bienes, que la tal mejoría aya consideracion á lo que sus bienes valieren al tiempo de su muerte, y no al tiempo que se fizo la dicha mejoría.*

10. Y no queremos ocuparnos de lo que disponen las leyes 26.ª y 29.ª porque á estas les llegará su turno y se demostrará que su texto y sus disposiciones no están en oposicion con lo que se declara en la 25.ª, en la que de un modo rotundo y absoluto se manda que no se saque ni el tercio ni el quinto de ninguna clase de donacion, sea de la especie que quiera, porque tal es la frase, el espíritu y letra de la misma ley. Y cuanto sobre el particular dicen Tello Fernandez, Palacios Ruvios, Matienzo y Lla-

mas de Molina es inmeritorio y demostrará el ingenio y sutileza de estos autores; pero no el juicio recto con que se deben entender y explicar leyes tan claras como la que nos ocupa.

11. No hay hoy jurista ni escribano de aldea, que intervenga en divisiones y particiones de herencias, que no sepa la manera cómo debe aplicarse esta ley al formar los inventarios y al distribuir luégo los bienes entre los hijos, dando á cada uno su legítima y las mejoras correspondientes, si las hubiere.

12. Para mayor ilustracion, recomendamos al lector el formulario de particiones que incluyen los Sres. Goyena y Aguirre en su Febrero, tomo II, pág. 53. Allí figuran que un testador dejó un caudal de 429.000 reales; y hechas las bajas correspondientes, quedó reducido su haber hereditario á 252.350 reales. De este caudal se saca primero el quinto, que asciende á 50.470 reales. De la suma de 201.880 reales restantes se extrae el tercio, que asciende á 67.293 con 11 maravedises, quedando por consiguiente reducido el caudal para legítimas á 134.586 reales con 23 maravedises.

13. Pero aquí viene el caso de la aplicacion de la ley 25.ª Una de las hijas de ese testador, que llevó en dote 15.000 reales, y naturalmente los trajo á colacion, sin haberse extraido cantidad alguna para mejoras, y ya el caudal para legítimas no era de 134.586 reales con 23 maravedises, sino de 149.586 con 23 que se dividió en tres partes iguales ó sean 49.862 reales con 7 maravedises; y al hacer el pago á la hija, que habia sido dotada, se le aplicó en vacío el capital de los 15.000 reales que habia recibido en dote.

14. El segundo ejemplo, aunque más complicado, porque se trata de particion de bienes entre hijos de dos matrimonios, con reserva, mejora y colacion, comprende tambien una distribucion idéntica del caudal, no teniendo para nada, al liquidar las mejoras, las cantidades que hubieren recibido los hijos por cualquier clase de donacion, cuyo importe hay necesidad siempre de colacionar, pero no para fijar dicha mejora, sino para acrecer las legítimas de los hijos que no han sido tan queridos.

15. Dada la facultad de establecer esas diferencias de fortuna entre los herederos, hay quien supone que la época para conocer el importe de esas mismas legítimas debia ser aquella en que se hiciese el testamento, ó se dispusiese de la mejora, porque entónces era cuando tenía verdadera decision el donante y contaba con estos ó los otros recursos. Pero, prescindiendo de que el texto literal de la ley no permite más interpretacio-

nes, lo cierto y positivo es que no hay verdadero capital partible hasta que ocurre la defuncion. El testador no ha perdido nunca la libre administracion de sus bienes y el absoluto dominio de ellos, pudiendo dedicar sus capitales á lo que tenga por conveniente. Esas mejoras son revocables tambien en todo tiempo; y cuando el donante las ratifica implícitamente no variando su disposicion testamentaria, es evidente que á la fecha de su muerte, y no á otros tiempos, se debe atender para calcular estas mejoras.

16. Pero hay otra razon de mayor peso para que la ley se aplique segun nosotros la entendemos, y segun la entienden todos los buenos juristas. Si las mejoras se extrajeran, no sólo del haber que dejara el finado, sino de lo que en otros tiempos hubiere dado á algunos de sus hijos, es indudable que los no favorecidos sufririan no pequeño quebranto. Siempre que hay perjuicio de tercero, siempre que uno se haya de enriquecer á costa de otro, la equidad aconseja que el texto de la ley se interprete estrictamente para no aumentar afliccion al afligido. No pequeño desaire y áun menoscabo hay para el hijo que ve á sus hermanos favorecidos por el padre recibiendo mayor caudal, lo cual no sólo es disminucion de fortuna, sino imposicion de una pena moral que en más de un caso imprime carácter y produce consecuencias desastrosas, dando lugar á odios y enemistades entre hermanos, como podríamos citar más de un ejemplar de particiones en que hemos intervenido.

17. Para concluir el comentario de la ley diremos, que ni una sola vez se ha ocupado directamente el Tribunal Supremo de la aplicacion de ella. Esta materia es clara, y ojalá que en todas estas disposiciones legales no encontraran los cavilosos materia dispuesta para promover litigios. Si algunos comentaristas, segun ya dejamos insinuado, inventaron casos en que se reproducian en cierto modo las antiguas dudas que quiso desvanecer el legislador, promulgando la ley 25.ª, esos glosadores quedaron en completo descrédito, porque ningun moderno legista les ha seguido, y tampoco tenemos noticia de que en ningun tribunal se haya promovido cuestion sobre el modo de colacionar las dotes y donaciones *propter nuptias*.

18. En el profundo y minucioso estudio que hemos hecho de las sentencias del Supremo Tribunal, no hemos encontrado nada que pueda favorecer á las opiniones contrarias á las que dejamos sentadas. Al contrario, la doctrina constante de ese respetabilísimo tribunal es coartar en todo lo posible esas mismas

mejoras, y por consecuencia su importe. Como muestra citaremos la sentencia de 8 de Enero de 1861, en que se disputó si una verdadera concesion dotal era ó no era *una mejora*, y el Tribunal Supremo declaró que no tenía tal carácter.

19. Al leer de nuevo este trabajo y refrescar las ideas volviendo á recorrer los extensos comentarios de los doctores que suponen que en muchos casos hay necesidad de tener en cuenta las dotes y donaciones *propter nuptias* para sacar las mejoras, nuestro ánimo ha quedado por algun instante perplejo, si realmente habria ejemplares en que se hubiera entendido de ésta manera torcida lo que dice y determina la ley 25.ª A muy cortas meditaciones nuestro ánimo ha quedado tranquilo, no sólo con lo que dicen los más modernos escritores de derecho, sino con lo que arrojan de sí las sentencias del Supremo Tribunal, que ni una sola vez ha tenido que dirimir esta contienda, como puede convencerse el lector leyendo lo que el ilustrado Sr. Zúñiga dice en la pág. 402 y siguientes de su tomo I de *Jurisprudencia civil*. No se puede empeorar la situacion de los hijos no mejorados, y esto aconteceria aumentando el haber partible ántes de sacar las mejoras, porque entónces estas serian mayores. La regla constante es que estas se saquen de lo que dejó el mejorante á la época de su muerte, y nada más.

20. Para que el partidor quede tranquilo puede acudir á la solemne declaracion comprendida en la sentencia de 14 de Junio del mismo año de 1861. Allí se dijo de un modo terminante, categórico y expreso, que ni las donaciones ni las mejoras entre descendientes y ascendientes en perjuicio de tercero con iguales derechos, se suponen y presumen, sino que es necesario que se prueben para que sean adjudicadas.

21. Si hiciéramos mayores comentarios estando el texto de la ley tan claro, y siendo tan constante la *Jurisprudencia*, incurriríamos en el mismo defecto que criticamos hablando de varios juristas que se ocuparon de la ley. Por desgracia otras darán lugar á mayores explicaciones, porque su espíritu y su letra ofrecen no pocas dudas.

LEY VIGÉSIMASEXTA.

(L. 10.ª, TÍT. 6.º, LIB. X, NOV. REC.)

Si el padre ó la madre en testamento ó en cualquier última voluntad ó por otro algun contrato entre vivos que fiziesen alguna donacion á alguno de sus hijos ó descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio y en el quinto, entiéndase que lo mejoran en el tercio y quinto de sus bienes; y que la tal donacion se cuente en el dicho tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que ni á él, ni á otro no pueda mejorar más de lo que más fuere el valor del dicho tercio y quinto; y si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta en la quantidad del dicho tercio y quinto, y legítimo de lo que debian haber de los bienes de su padre, y madre y abuelos, y no en más.

COMENTARIO.

1. Gran analogía y enlace tiene esta ley con la anterior, supuesto que en ella se trata de los actos de generosidad de los ascendientes á favor de los descendientes. El legislador no se atrevió á tomar una medida decisiva y resolutoria, declarándose á favor de uno de los dos sistemas que hoy se disputan en la legislacion europea la preferencia sobre la herencia forzosa ó la testamentifaccion libre, y cuyas teorías tenian no sólo partidarios, sino leyes escritas en los dos reinos que iban á formar la nacionalidad española. Pero áun cuando el Rey D. Fernando, promulgador de las leyes de Toro, tuviera más inclinacion á la legislacion de su país, al fin esas disposiciones legales se daban principalmente para Castilla, y venian á resolver las dudas que habian ocurrido y en lo sucesivo ocurrieran á los tribunales que administraban justicia en los reinos que habian sido de la Corona de la gran Isabel.

2. Sin embargo, nótase, que tanto la ley 26.ª como las demas que tratan de herencia, en sus preceptos se inclinan siempre á ensanchar la facultad de testar. Si en la ley anterior se dijo que las dotes y donaciones *propter nuptias* no se tuvieran en cuenta para sacar las mejoras, y si ya estaba dispuesto que estas entregas no se consideraran nunca como mejoras ni de tercio ni de quinto, en esta ley se determina que toda otra donacion hecha en testamento, ó cualquier otra última voluntad, y más aún en contrato *entre vivos*, se tenga por mejora del tercio y tambien del quinto.

3. Siempre la tendencia de ensanchar la libertad de testar favoreciendo al descendiente que hubiera sido objeto de una distincion paternal, es lo que sirve de base al legislador para resolver las cuestiones. Sin embargo, la dificultad estará en distinguir la naturaleza de esa misma donacion. Los padres no escasean sacrificio alguno cuando establecen á sus hijos, y por lo comun se descuidan en formalizar en verdaderos documentos estos actos de la vida íntima. Hay en España una repugnancia invencible para otorgar escrituras públicas, y esto se funda en no pequeña parte en los desembolsos que produce, sin reparar que las consecuencias son luégo más funestas. En nuestra larga práctica, hemos aconsejado siempre que esas donaciones se formalizaran, valiéndose al efecto de notarios ilustrados, y previniendo á los donantes que explicaran minuciosamente el concepto y el ánimo con que hacian esos regalos, porque si la ley lo considera como mejora, aunque no se diga, con más razon se respetarán si el testador ó donante lo explica así. No cumplirá con su deber ningun escribano, si al otorgar estos instrumentos, no pregunta al padre ó madre qué es lo que quiere que suceda despues de su muerte. Se comprende que cuando existen estas aclaraciones y explicaciones, no hay lugar á discutir si se debe aplicar ó no el precepto de la ley 26.ª La facultad de mejorar es omnímoda, no excediendo del tercio y quinto de los bienes; y cuando el padre ó la madre ó cualquier ascendiente declara su voluntad de un modo explícito y terminante, no hay para qué interpretar ni aplicar otro principio que el de la absoluta potestad que tiene el padre de familia, para mejorar la condicion de cualquiera de sus hijos ó descendientes.

4. No se ha escrito por lo tanto esta ley para esos casos, sino para en los en que se hiciera la donacion sencillamente sin el aditamento y explicacion de que se tuviera por mejora. Pueden ocurrir y en efecto ocurren ordinariamente casos de esta

naturaleza, y para ellos se ha hecho la ley; pero ántes que las familias se devoren en pleitos disputando entre sí, si la donacion se debe ó no reputar por mejora, el comentario legal más oportuno sobre la explicacion de esa ley es inculcar en el ánimo de los ciudadanos que, al querer favorecer á uno de sus hijos, dándoles en vida ó por causa de muerte, un capital, una finca ó un alhaja, hagan la declaracion competente de cuál es su deliberada voluntad al usar de tal largueza.

5. Y si los donantes no tienen esa prevision, porque no conocen la fuerza del derecho ni la utilidad y conveniencia de explicarse con esa claridad, el jurista, á quien se consulta, como acontece muchas veces, ó el escribano ante quien se otorga el instrumento público, son los que deben hacer las oportunas prevenciones para cortar de raíz controversias enfadosas que perturban luégo la tranquilidad y bienestar del hogar doméstico al partir y dividir el caudal paterno.

6. Y despues de estos consejos prudentes y previsores, no hay necesidad de dar más explicaciones sobre el espíritu y letra de la ley, que ha sido objeto de extensos comentarios por autores de mérito, desde Palacios Ruvios, uno de los autores de ese código, hasta el Sr. Llamas de Molina, último comentarista de las leyes de Toro.

7. Es triste por más de un concepto que nuestros glosadores dejen atras en sutilezas á cuantos intérpretes han tenido las leyes en los demas países. Reconocemos el motivo por el que el comentarista de cualquiera materia científica agota su ingenio y se deja llevar de su fantasía creando casos y buscando resolucion á todas las cuestiones. Pero de esta licencia, que nosotros llamamos abuso, al constante propósito de crear casos á que no se presta el texto, hay gran diferencia, haciendo más confusos los comentarios que el mismo precepto de la ley, aunque ésta fuera enigmática y difícil de entender. Por eso son muy pocos los que tienen la paciencia de engolfarse en la lectura y estudio de autores antiguos que, aunque contengan sábia doctrina, no todos tienen el distinguido mérito de entresacar de esas teologías lo que es útil y pertinente.

8. Y confirma nuestra opinion el exámen de esta ley 26.ª, que no puede ser más clara y explícita. Considera mejora en primer lugar la donacion hecha en toda última voluntad, sea testamento, codicilo ó memoria testamentaria, porque aunque no cita estos dos últimos apéndices del primero, se hallan comprendidos en la frase de *cualquiera otra última volun-*

tad. Y como las leyes admiten y clasifican como tal á los codicilos, y una práctica constante y no interrumpida de los tribunales tienen por parte integrante de esos mismos testamentos las memorias, que despues de todo no son otra cosa que el testamento *hológrafo* de otros países, nadie se atreverá á decir que no son válidas las mejoras hechas en estos escritos, que no por tener ménos solemnidades que los testamentos en regla, dejan de ser válidos y subsistentes.

9. Quede, pues, sentado que, aunque el testador no haya dicho en cualquiera de esas últimas voluntades que mejora á uno de sus hijos ó nietos, se le tiene por mejorado, si le donó algo, y vale esa donacion siempre que quepa en el tercio, quinto y legítima que corresponda al agraciado. No hay una sola disposicion que contenga ese mandato, que no sea obedecida y cumplida al hacer la particion y adjudicacion de bienes, y así lo hemos practicado en muchos trabajos de esta especie que se nos han encomendado.

10. Pero la ley ha querido ademas que se consideren tambien como mejoras otras donaciones, y son las que se hacen por algun contrato *entre vivos*. Esta disposicion ya da lugar á mayores explicaciones, y en su exámen se han detenido todos los escritores que ántes hemos citado, empezando por discutir cuántas y de qué especie son las donaciones entre vivos, y cuáles pueden estar comprendidas en la ley, y cuáles se pueden desechar. No los seguiremos en esa tortuosa senda, porque nos parece que los ciudadanos no pueden distinguir lo que la ley no distinguió. Todo contrato donaticio entre vivos produce mejora; luego las donaciones por causa, las que se apellidan *sub modo*, las que se hacen simplemente, efecto de un intenso cariño, todas están comprendidas en la ley y se tienen por mejoras. ¿Explicaremos aquí la naturaleza y condiciones de la donacion, los requisitos que se necesitan para que valga en juicio, y lo que otras leyes disponen sobre este acto importante de la vida? No, porque esta no es nuestra mision. Comentar las leyes de Toro no es escribir una obra lata sobre toda la legislacion civil. Demasiadas materias abraza ese cuaderno de los Reyes Católicos para que nosotros le convirtamos en tratado universal. El que haya de otorgar una donacion entre vivos, ya sabrá acudir á otros libros para que este contrato tenga validez. Aquí lo que nos importa saber es que esa donacion en favor de un hijo es una mejora, si la donacion se ha hecho en regla y el ascendiente no ha dicho nada que pueda servir de pauta para

cuando se haya de dividir su caudal entre los demas hijos despues de su fallecimiento.

11. Acontecer suele que despues de hecha una donacion entre vivos, y que con arreglo á esta ley se reputa como mejora, y andando el tiempo el padre se arrepiente, ya por la ingratitud del hijo, ya tambien por capricho del donante, ya porque más de una vez adquiere otras afecciones á la vejez y quiere destruir lo que ántes ejecutó.

12. La ley no admite este arrepentimiento. Los actos válidos que se han consumado creando derechos, no se pueden destruir en perjuicio del tercero perjudicado, y cuando éste no ha dado causa ni motivos bastantes para destruir lo ya consumado. Si la ingratitud de que ántes hablábamos es de aquellas á las que pueden aplicarse las reglas de la desheredacion, podrá privarse al hijo de los derechos de la legítima, no de lo que ya tiene adquirido y tal vez consumido. Regla constante y universal: el dominio de las cosas donadas no se pierde, cualesquiera que sean los accidentes de la vida del donante y donatario. Este principio comun y general de todas las donaciones entre vivos no puede admitir excepcion alguna, cuando el amor paternal es la base; y no haciendo diferencia alguna la ley, su observancia tiene que ser igual y constante en todos los casos que ocurran.

13. Un solo ejemplar se puede presentar y se nos presenta en la práctica y en el que el partidor esté expuesto á cometer una injusticia. El amor paterno, y más aún el materno no tiene límites y se significa de cien mil maneras. Hemos conocido y tratado una respetable dama que se estaba privando todo el año de los goces más inocentes para ahorrar y juntar una cantidad importante, y con ella hacer un regalo á su hija mayor el dia de su santo. Repetido esto por espacio de veinte años, montaba su importancia á una cantidad considerable. Cabiendo en las mejoras de tercio y quinto, no habria cuestion, porque esas mejoras estarian dentro de la ley. La duda que se nos consultó fué si el exceso deberia imputarse en la legítima, porque de otro modo serian perjudicadas en demasía otras dos hijas que dejó aquella señora donante.

14. La mision del jurisconsulto en muchas ocasiones es la de aquietar y tranquilizar á las familias, tomando un término medio en cuestiones muy difíciles de resolver, ya en pro, ya en contra. En el caso que analizamos decia la hija favorecida: es cierto que nuestra madre me dió en alhajas una cantidad que segun las cuentas de los joyeros ascendia á dos millones de rea-

les; pero yo no puedo admitir á cuenta de mejoras y de legítima esas sumas en realidad mal gastadas, y cuyos desembolsos era la primera en censurar.

15. El raciocinio tenía fuerza, pero no era tampoco inmeritorio lo que otras dos herederas decian. Esas donaciones las hizo nuestra madre en épocas de prosperidad, y sin duda alguna, si hubiera podido testar hubiera declarado, como más de una vez lo decia en las conversaciones íntimas de familia, que su hija mayor habia llevado lo bastante por razon de mejoras y de legítima.

16. El autor de este libro, que hizo la particion del haber hereditario, propuso, con arreglo á otra ley, que se trajeran á colacion esas alhajas, no por el precio que costaron, sino por el intrínseco que entonces tenian, y se adjudicasen á la hija mayor por mejoras de tercio, quinto y legítima. Pareció prudente y racional la proposicion á las tres hermanas, y así se evitó un litigio, en que despues de crearse odios, que tarde ó nunca se extinguen, producen gastos cuantiosos. Mision honrosísima es la del jurista, que, despreciando sus intereses, une voluntades y sirve y desempeña el filantrópico encargo que la ley encomienda al inflexible magistrado. Este no hubiera podido dar otro fallo en justicia, porque así se lo previene y manda otra ley de Toro que nosotros no podemos comentar, porque ya lo hizo Pacheco de la manera que él sabia hacerlo. La ley 23.ª está terminante, y no admite sobre el particular distinciones, ni ménos hay derecho para suponer que podrá tomarse por tipo otro valor que el que los bienes tuvieren á la *muerte del testador*, salvo si ese mayor valor se le hubiese dado el donatario con capitales suyos, porque hasta podria acontecer que las mejoras importaran más que el precio primitivo de las cosas donadas.

17. El Tribunal Supremo ajustó su fallo en 21 de Noviembre de 1867 á lo que la expresada ley 23.ª de Toro hablaba sobre el valor de los bienes, ó sea la época que se ha de tomar para apreciar este mismo valor, no el de la donacion sino el de la muerte. Dice el último considerando de esa sentencia: «Considerando que si bien la donacioń que hace el padre á los hijos, se entiende mejora de tercio y quinto y vale hasta esta cantidad y no más, segun la ley citada 26.ª de Toro, ha de computarse el valor que tuvieren los bienes donados al tiempo de la muerte del otorgante y no al en que se hizo la donacion ó mejora, como lo dispone la 23.ª ó sea la 7.ª, título 6.º, libro X de la Novísima Recopilacion, fallamos,» etc.

18. Es una satisfaccion cumplida confirmar lo que dice la letra de la ley, con las sentencias del Supremo Tribunal. Ya no podrá ocurrir á nadie duda de lo que son mejoras hechas en donacion entre vivos, y cuándo se han de justipreciar los bienes para regularlas.

19. Queda sentado que el principio de toda mejora por contrato entre vivos ha de descansar en el hecho cierto y positivo de que se quiso hacer la donacion en ese sentido, porque en esta materia no caben presunciones y conjeturas. La legislacion de Castilla establece perfecta igualdad entre los hijos, y si otorga á los padres el derecho de favorecer á los descendientes que más quieran, ó sean más desgraciados, ó se hayan hecho más dignos de recompensa, exige que el testador así lo declare, y cuando no por razon de muerte, y sí en donacion entre vivos dispone que uno de estos hijos recoja el premio, tiene que ser explícito y dar muestras patentes de su liberalidad. Este principio descansa en un axioma de indisputable justicia. Siempre que se perjudica el legítimo derecho de un tercero, no caben presunciones ni conjeturas para causar este daño. Es indispensable que el que tiene autoridad y fuerzas para hacerlo, declare y determine con lenguaje expresivo y claro su voluntad.

20. Con arreglo á esta deduccion lógica, pronunció el Tribunal Supremo su sentencia de 14 de Junio de 1861, en la que escribió la siguiente razon de decidir: «Considerando que aunque ese libro no mereciese fé en juicio, esta circunstancia tampoco robusteceria la excepcion, en tal sentido alegada por el demandado, *porque las donaciones y mejoras entre ascendientes y descendientes en perjuicio de terceros, con iguales derechos para suceder, no se suponen ni presumen.*»

21. No incurriremos en el defecto de los antiguos glosadores que se mezclan en la explicacion de materias que no están comprendidas en la ley, por más que con ellas tengan alguna analogía. Discutir si la donacion simple es un contrato unilateral ó bilateral; si los legados por causa son semejantes á las donaciones de esta especie; si la disposicion de dicha ley 26.ª está tomada de la 35.ª párrafo 5.º C. de *donationibus;* si el testador se priva al hacer estas donaciones del derecho de disponer del quinto de sus bienes, son cuestiones que podrán tratarse al explicar otras leyes, pero no de modo alguno glosando y comentando lo que se establece y manda en la expresada ley 26.ª, cuyo texto nos parece queda suficientemente analizado.

LEY VIGESIMASÉPTIMA.

(L. 11.ª, TÍT. 6.º, LIB. X, NOV. REC.)

Los padres pueden poner los gravámenes que quisiesen en las mejoras de sus hijos.

Mandamos que cuando el padre ó la madre mejorasen á alguno de sus hijos ó descendientes legítimos en el tercio ó quinto de sus bienes en testamento ó en otra cualquiera última voluntad, ó por contrato entre vivos que le pueda poner el gravámen que quisiere, así de restitucion como de fideicomiso, é facer en dicho tercio los vínculos é submisiones ó substituciones que quisieren, con tanto que lo fagan entre sus descendientes legítimos, ó á falta de ellos que lo puedan facer entre sus descendientes ilegítimos que hayan derecho de les poder heredar, y á falta de los dichos descendientes que la puedan hacer entre sus ascendientes, é á falta de los susodichos puedan hacer las dichas submisiones entre sus parientes, é á falta de parientes entre los extraños, é que de otra manera no puedan poner gravámen alguno, ni condicion en el dicho tercio, los cuales dichos vínculos ó submisiones, ora se fagan en el dicho tercio de mejoría, ora en el quinto, mandamos que valan para siempre ó por el tiempo que el testador declarare, sin facer diferencia de cuarta ni de quinta generacion.

COMENTARIO.

1. El contexto de esta ley presta materia para escribir más que una disertacion, un extenso libro. La opinion de los comentaristas sobre la utilidad ó perjuicio de su promulgacion es tan varia y contradictoria, que su simple análisis nos ocu-

paria tambien muchas páginas, y haria fatigoso nuestro trabajo si llevàramos al lector por ese camino y examináramos tan abigarradas apreciaciones. Nuestra tarea será más agradable, presentando al estudioso una verdadera crítica de la ley, sin que nos fascinen las acerbas censuras del gran Jovellanos, ni las apologías que en contraposicion hace de esta ley el bueno de D. Sancho Llamas de Molina.

2. En una sola cosa convienen los comentaristas, y es en que, promulgada que fué la ley, todo el mundo tuvo la facultad de vincular. Los mayorazgos de aldea fueron los inmediatos engendros de esta disposicion, que llama bárbara el autor de la Ley Agraria. No nos apasionemos con esta calificacion, y estudiemos con calma el objeto y fin con que se promulgó esa disposicion legal, que si merece la malquerencia de todó buen economista, encuentra en ella el historiador filósofo un pensamiento político que habia de influir mucho en el descrédito de una clase poderosa y hasta omnipotente de España áun en el tiempo de los Reyes Católicos.

3. Sin perjuicio de discutir en el comentario de alguna otra ley lo más interesante sobre la creacion del *mayorazgo*, es indudable que hasta despues de la reconquista no era permitido, ó al ménos no hay noticia que vincularan sus bienes más que los ricos-homes. En muchos escritos ha defendido el autor de este libro que ántes del siglo XVI no era permitido amayorazgar las riquezas sin la obtencion de reales facultades. No existe una casa de la grandeza, no hay ejemplar de ninguna fundacion de aquellos héroes que tanto influyeron en la reconquista, en que no acudieran á los monarcas de su tiempo y les pidieran la gracia de amayorazgar sus bienes. Si algunos otorgaban sus últimas voluntades creando vínculos sin esta autorizacion, á muy luégo los primeros poseedores se acercaban al trono para que confirmara esas mismas instituciones.

4. En cuarenta años de penoso estudio en el ejercicio de la abogacía, hemos defendido infinitos pleitos de las ilustres casas de Osuna, Benavente, Arcos, Béjar, Gandía, Infantado, Vallehermoso, Santa Coloma, Abrantes, Valmediano, Alba, Altamira, Fernan-Nuñez, Gramosa y otras muchas, y no recordamos una sola fundacion de esos ricos Estados á la que no fuese unida la real gracia del monarca otorgada generalmente ántes, ó por lo ménos en el mismo año de la fundacion.

5. A los escritores ligeros que reclaman la ley escrita, que ciertamente no se promulgó, en que tal cosa se previniese, les

diremos que esa costumbre invariable de pedir el permiso régio era una verdadera ley, cuyos custodios fueron indudablemente los aristócratas, que no admitian de modo alguno en su clase á cualquiera que quisiese imitarlos amayorazgando sus propiedades. Las excepciones, los casos particulares en que se tuvieran por vinculados bienes sin la salvaguardia de la real licencia, no destruirian de modo alguno esa série no interrumpida de peticiones dirigidas á los monarcas por los primeros caudillos de la reconquista, para poder dejar á sus hijos primogénitos en calidad de mayorazgo los grandes territorios que habian adquirido.

6. Cuando se empezaron á crear esos pequeños mayorazgos; cuando el estado llano quiso imitar á los ricos señores, fué en esa época en que se celebraron, despues de la entrega de Granada, aquellas famosas Córtes de Toledo donde tantas reformas políticas y económicas se hicieron y se discutió lo que en esa famosa ley 27.ª de Toro se manda, ampliando la facultad de disponer á perpetuidad de las mejoras de tercio y quinto. Con la promulgacion de esa ley quedó derogada la 9.ª del título de las mandas del Fuero Real, que prohibian se impusiesen gravámenes al tercio de los bienes, y tambien dejaron de estar vigentes las 17.ª, tít. 1.º, 11.ª, tít. 4.º y 1.ª, tít 11 de la Part. VI, que todas ellas trataban de la distribucion y manera de hacer las mejoras.

7. ¿Qué espíritu presidió á esa reforma? ¿Cuáles fueron los móviles de esa medida legal de tan inmensa trascendencia? Mucho hemos meditado para dar solucion á estas preguntas, y sin el necio orgullo de saber lo que tanto sabian los profundos jurisconsultos que ántes comentaran las leyes de Toro, nos vamos á permitir iniciar una opinion que estimarán en lo que vale los que nos lean, y despues los que hayan de escribir la verdadera historia de España de los cinco últimos siglos. Esta ley, al parecer tan insignificante, tenía por objeto atacar por sus cimientos á la clase más poderosa de la nacion, que si bien habia prestado servicios inmensos á la patria, y con provecho propio tambien, cometió no pocos abusos y dió motivos y pretextos á los monarcas para rebajar su influencia, reduciéndola hasta la nulidad.

8. Despues de la catástrofe de la monarquía goda, no hay que buscar distinto orígen á las monarquías de España y sus aristocracias. El amor á la independencia y el odio al enemigo comun, reunieron masas de hombres en los confines de Asturias y en las crestas de los Pirineos. Eligieron caudillos; y si el más

autorizado pudo llamarse Rey, sus Lugartenientes se distinguieron tambien y ocuparon un lugar privilegiado, que andando el tiempo, formó la poderosa aristocracia, que tanto en Navarra, Aragon y Cataluña, como en Leon y Castilla contribuyó á la reconquista. Sin ella el absoluto dominio de los árabes se hubiera consumado, desapareciendo totalmente las antiguas razas.

9. Por más que hoy lancen un anatema las escuelas democráticas contra las verdaderas ó supuestas usurpaciones de la antigua nobleza, el crítico severo no desconocerá nunca que en la Edad Media tuvo que existir una raza de hombres que sustituyó al patriciado romano, y que por lo ménos en España prestó inmensos servicios á la causa pública, cooperando de un modo directo á lanzar á los enemigos del patrio suelo.

10. Los primitivos caudillos de la Reconquista no fueron más que guerrilleros como los que nuestros padres conocieron á principios de este siglo. Esos guerrilleros se convierten despues en renombrados capitanes, y más tarde en distinguidos aristócratas. Esta es la historia de la humanidad y de todas las guerras de independencia. En España no hay que buscar el orígen del predominio militar más que en la topografía de este suelo, en nuestro carácter aventurero y en las vicisitudes por que ha pasado el país desde los más remotos tiempos.

11. Creció por consiguiente al lado del árbol de la monarquía otro árbol aún más robusto, que era el de los ricos-homes, que pusieron en duro trance hasta á los monarcas de mayor celebridad. Cuando un huérfano ó un Rey débil ocupaba el solio, las turbulencias fueron sin cuento y la España se convirtió en esos períodos históricos en un campo en que no dominaba más que la anarquía y el despotismo de cada señor que desde su castillo era absoluto en aquella comarca. Los cronicones de los siglos XIV y XV son fieles comprobantes de nuestro aserto.

12. Pero cosa notable: al paso que era vergonzosa la situacion del gobierno de España en tiempo de los Enriques y Juanes, siempre iba adelante más ó ménos perezosamente la reconquista del país. Si enflaqueció la monarquía, lo contrario le sucedió á la aristocracia, que llegó á toda su pujanza en el tormentoso reinado de Enrique *el Doliente*. Los aristócratas, y sólo ellos hicieron aquella verdadera revolucion que puso la corona en las sienes de la infanta Isabel, postergando á la desventurada que habia nacido en el tálamo del monarca. ¡Quién habia de decir á los aristócratas revolucionarios que desde aquel tiempo empezaba su decadencia!

13. Los Reyes Católicos no se declararon abiertamente enemigos de la aristocracia, y sí por el contrario la halagaron para conseguir con su ayuda la total expulsion sarracena. Los grandes capitanes de aquel siglo heróico, todos eran aristócratas, y es preciso convenir que cumplieron como buenos en el reinado de Fernando é Isabel, por más que en alguna ocasion dieran muestras de su fiera independencia.

14. Cuatro elementos habian crecido en poderío en el siglo XV. La monarquía, la aristocracia, la Iglesia y las comunidades. Estos cuatro elementos se conciliaban unos con otros para disputarse la supremacía. Ocasiones hubo en que el monarca halagaba á la plebe para atacar á los ricos-homes y al clero insolente representado por algun obispo turbulento. Otras veces, por el contrario, la grandeza y los municipios se unian para cortar los desmanes de su rival, ya fuera el monarca ya el episcopado.

15. No puede negarse que esos cuatro elementos de poder bien organizados pueden hacer la felicidad de un país, y estos son los que vienen mandando hace siglos la Gran Bretaña. Los españoles no supieron aprovecharlos, porque primero mataron su aristocracia y luégo sus comunidades. La consecuencia fué el despotismo de los reyes y la omnipotencia de la inquisicion.

16. Ántes de que esto se consumara, se promulgó esa ley que es objeto de nuestro exámen. En ella vino á decirse á la aristocracia que el último patan podia vincular su riqueza, dejando memoria de su existencia. Esto, y no otra cosa, dice la ley 27.ª de Toro. Cualquiera puede imponer á las mejoras el gravámen que quisiere, ya sea de restitucion ó fideicomiso, é facer en el dicho tercio los vínculos é submisiones é sustituciones que quisiesen. Ya desde este tiempo no habia verdadera distincion de clases, porque si realmente el mayorazgo es la personificacion de la hidalguía, no poniendo la ley ninguna cortapisa para la creacion del vínculo, todo poseedor podria considerarse como descendiente de la más privilegiada casta. Sabed, ricos-homes, que todos los ciudadanos son idénticos á vosotros, porque á mí me place halagar los instintos populares, igualando á todos mis súbditos, no sólo ante la ley, lo cual sería muy justo, sino para que se convierta en aristócrata el más desconocido labriego que podrá, á semejanza del señor de su pueblo, dejar amayorazgado el campo que labra enfrente de su habitacion.

El propósito era maquiavélico, y en menosprecio de esas or-

gullosas familias que se creian descender de una raza distinta. Però si el fin político era excusable, no se reparó en los males de gran trascendencia que habia de producir y produjo, en efecto, la promulgacion de esa ley.

17. La existencia de una clase privilegiada, que cuente con muchos medios de vivir, puede defenderse en el órden político y el patriciado de Roma, y nuestra antigua nobleza y los aristócratas ingleses tienen muchos partidarios, y nosotros creemos que sin este elemento no hay posibilidad de constituir gobiernos permanentes. Mas lo que no tiene excusa, lo que no debieron hacer los legisladores de Toro fué crear una clase que habia de ser la polilla del Estado. No hubo labrador que tuviera algun desahogo en su manera de vivir, que no creyera que ya estaba en el caso de trasmitir su nombre á las futuras edades. Las mujeres, que tanta influencia tienen en la vida social, son las más aficionadas á distinciones; y cuando ellas no fundaban, inclinaban á sus esposos á que lo hicieran. Si fuera posible enumerar los vínculos creados desde la promulgacion de esa malhadada ley, se conoceria una de las causas más principales del empobrecimiento de este desventurado país.

18. Y no fué lo peor la amortizacion civil. A su semejanza adquirió proporciones colosales la entrega de bienes á la Iglesia. No bastaba que el alto clero y las comunidades religiosas poseyeran la cuarta parte del territorio español. Era preciso que hubiese soldados en esta milicia, y el fanatismo encontró una rica mina en el carácter religioso, y ya no hubo familia que no tuviera un individuo beneficiado con una capellanía de sangre, ni un testador que no creyera que iba á subir al cielo fundando una memoria de misas. ¿Qué extraño es que la España de los siglos XVI, XVII y XVIII se convirtiera en un convento, y que los que no fueran frailes ó curas se creyeran nobles y descendientes del Cid, porque en su familia habia un vinculillo que, á la sombra de esa ley inícua, estableció un orgulloso fiel de fechos?

19. Remedio puso el gran Cárlos III, no derogando la ley, sino exigiendo requisitos para fundar mayorazgos. La pragmática de 14 de Mayo de 1789, que es la ley 16.ª, título 17 del libro X de la Novísima Recopilacion, demuestra cuántos habian sido los males y cuántos los abusos cometidos en esta materia. La facilidad que ha habido en vincular toda clase de bienes perpétuamente, abusando de la permision de las leyes y fomentando la ociosidad y soberbia de los poseedores de pequeños víncu-

los ó *patronatos* y de sus hijos y parientes, y privando de muchos brazos al ejército, marina, agricultura, comercio, artes y oficios, he resuelto que desde ahora (dice el Monarca) en adelante no se puedan fundar mayorazgos aunque sea por via de agregacion ó de *mejora de tercio y quinto*, etc.

20. ¿Por qué el legislador, ademas de prohibir, no suprimió esos mismos mayorazgos, de los que hace tan severa crítica? Se reconoce el mal, y no se pone remedio, cuando era tan fácil halagar el interes individual de los poseedores. Lo que podia regularizarse, lo que tal vez mereceria más meditacion, era el arreglo de los vínculos anejos á las grandes dignidades. Los pequeños, los que no producian más que males, bien podian desaparecer con gran contentamiento de esos fidalgos que tan dura crítica habian merecido á nuestros grandes escritores. Desde esa fecha, no se crearon mayorazgos pequeños; pero sí siguieron produciendo los males que la ley describe los que tenian fecha más antigua.

21. Y no se diga que esos inmensos perjuicios no los causaba la ley, porque en el mismo código que comentamos se encuentra la 42.ª que prohibe fundar mayorazgos sin Real licencia. Ya llegaremos á ese exámen y demostraremos que ni por un instante estuvo vigente tan sábia disposicion. La política, que todo lo envenena, era favorable á la creacion de pequeños mayorazgos; y no la ley 42.ª de Toro, sino la 27.ª fué la que estuvo en vigor hasta que Cárlos III promulgó su decreto, que no hubiera sido necesario, si la Real licencia se hubiese exigido como requisito para amayorazgar. Sobre esta materia discurriremos profundamente cuando lleguemos al comentario de la indicada ley 42.ª y otras sobre mayorazgos que comentaremos juntamente. Por ahora conste que desde la promulgacion del decreto de Cárlos III, quedó sin efecto la vinculacion de la mejora de tercio y quinto, segun se prevenia en esa mala é imprevisora ley que no consiguió el objeto que se propuso más que en una pequeña parte, porque el desprestigio de la nobleza tenía por orígen otras causas, y no que á su lado se crearan hijosdalgo hambrientos é ignorantes. Lo que se consiguió con esto, fué robar muchos brazos á las industrias, como gráficamente se dice en la ley de Cárlos III, y no inutilizar á la aristocracia antigua, que ya no tenía ningun poder desde que vistieron los ricos ropajes de la servidumbre.

22. Por si alguno le quedaba, la legislacion moderna se lo arrebató desvinculando toda la riqueza. La ley de 11 de Octu-

bre de 1820, restablecida en 30 de Agosto de 1836, acabó con esta antigua institucion. No sólo se prohibió fundar nuevos mayorazgos, sino que se destruyeron los que ya existian. Por lo tanto, ni por mejora, ni de ninguna otra manera, se permitió imponer esta clase de gravámenes á sus bienes. Ocasion tendremos de discutir muchas de las decisiones de esta reforma, la mayor que ha hecho la revolucion de España, comentando otras leyes que con ella tengan más analogía. Sépase, por lo que á nuestro propósito conduce, que ningun jurista tendrá que devanarse el cerebro sobre cómo y de qué manera podian en lo antiguo gravarse los bienes de las mejoras amayorazgando estas, porque ya desde el año 89 estaban prohibidos esos vínculos, y hoy ni áun sombra existe sobre perpetuidad y trasmision de las mejoras.

23. Innovacion tan trascendental nos excusa engolfarnos en las sutilezas de los antiguos comentaristas. Quién sostenia que el gravámen perpétuo podia imponerlo el padre en favor hasta de los hijos ilegítimos; quién defendia que esa facultad estaba limitada á hacer fundaciones regulares, llamando á los hijos y descendientes segun y en los términos en que se sucede en la corona de Castilla; quién se atreve á sostener que tambien podian ser favorecidos los parientes colaterales y hasta los extraños, para que no se acabase la perpetuidad. Y todo esto era poco, porque al fin se partia del principio de que la ley habia querido á todo trance aumentar el derecho de amayorazgar. Lo bueno y sublime es el cúmulo de casos que Avendaño y Llamas de Molina examinan sobre la facultad de sustituir, y cómo debe entenderse la expresion de *sus descendientes*, palabra que más de una vez usa la ley. Dejemos que las obras de tan buenos varones descansen en el polvo de las bibliotecas, y digamos que ya no hay precision de consultar sus pareceres, porque no existen gravámenes perpétuos, y por consiguiente, tampoco se pueden hacer esos llamamientos que tanto daban que hacer á los tratadistas.

24. Lo mismo podemos decir sobre el mejor derecho que segun esas doctrinas se concedia á los hijos ilegítimos con preferencia á los ascendientes que, segun la ley 6.ª de Toro, eran herederos forzosos cuando no habia descendientes legítimos. Por más esfuerzos que hicieran los partidarios del mayorazgo á favor de los hijos naturales, la verdad es, que con su doctrina derogaban una ley clara que creó un derecho á favor de los ascendientes. Los hijos ilegítimos no podian ser mejorados en

el tercio en perjuicio de los ascendientes por lo que dijera esta ley, sino por otro principio más conocido y es, que cuando no hay hijos legítimos ni otros descendientes y sólo padres, la legítima de estos es de toda la herencia, ménos del tercio, que se puede dejar hasta á los extraños, y mucho mejor á los hijos naturales, que tienen tambien derecho por lo ménos á los alimentos.

25. Abandonemos las suposiciones casuísticas de antiguos comentadores, y vengamos á los verdaderos casos prácticos que diariamente ocurren. Para ello sentemos algunos verdaderos axiomas. Es inconcuso que el padre ó la madre puedan dejar el tercio á uno de sus hijos, y por lo tanto, pueden tambien imponer gravámenes á este mismo tercio, pero en favor de otros hijos ó descendientes. Si la facultad fuera ilimitada, comprendiendo á los extraños ó parientes colaterales, es decir, que á favor de éstos pudiera imponerse el gravámen, resultaria que por un medio indirecto se menoscababa y disminuia la legítima de esos mismos hijos, dejando á colaterales ó extraños más del quinto de los bienes, lo cual no lo permite la legislacion de Castilla. Una disposicion testamentaria, que hiciera declaraciones de esta especie, no produciria resultado, porque atacaba el derecho hereditario. Mas inmediatamente ocurre la duda de si real y verdaderamente vale la mejora, teniendo por no puesto el gravámen. Nuestra opinion es que entónces se considerará como no existente el legado, si el gravámen importara tanto como éste. El padre ó madre, al pensar en un tercero para que recibiera el beneficio no favoreció á sus hijos, sino al extraño ó colateral á quien designaba, y la ilegalidad del acto no debe convertirse en provecho de uno y perjuicio de los otros hijos ó descendientes. Cuando el gravámen no ascendiera á tanto como el importe de la mejora, se tendrá ésta por subsistente en la parte que favorezca al tercero. Ejemplo: vale la mejora del tercio mil duros mandando que el mejorado entregue quinientos á personas extrañas. Entónces no valdrá la mitad de la mejora, y sí se cumplirá la voluntad del testador en la parte que beneficiaba al hijo. Así lo hemos resuelto en algun caso que se nos ha consultado.

26. Pero de aquí nace otra duda. Ese gravámen, que es un verdadero legado, ¿quedará siempre ineficaz y nulo? Si el testador no dispuso del quinto, de él debe sacarse el pago de la mejora. La voluntad del finado ha de cumplirse cuando haya términos hábiles para ello. Dueño absoluto de la quinta parte, puede

dejarla á los hijos y á los extraños. Si por un error de derecho gravara el tercio sin tocar al quinto, no ha de quedar defraudada su intencion porque equivocara el modo de disponer de sus bienes. ¿Hay bastante con el quinto para pagar el gravámen? Pues no hay más que satisfacerlo. La dificultad ocurriria cuando un padre haya dejado á un hijo la mejora del quinto y á otro la mejora del tercio con gravámen en favor de un extraño. ¿Qué sucederá entónces? ¿Se quedará éste sin percibir nada? ¿Se pagará al favorecido con el quinto, puesto que el mejorado en el tercio no puede hacerlo, porque sus demas hermanos pueden decir y dirán que esa mejora es inoficiosa? En aprieto se habia de encontrar el tribunal al que se le sometiera la decision de este caso. Alguno semejante hemos transigido, pero esto no es resolver la cuestion judicial en que luchan derechos encontrados. Si el padre no quiso gravar el quinto; si sólo puso esta obligacion al que legó el tercio, y éste no puede satisfacerla porque no se puede dejar este mismo tercio á extraños por medios indirectos, siempre resultará que, ó no se cumple la voluntad del testador, ó se causa un perjuicio notorio al que la ley favorece.

27. Referiremos el complicado caso que en el año de 1844 se presentó en nuestro estudio. Un testador dejó tres hijos. Al más pequeño le legó el quinto sin más gravámen que lo piadoso. Al mayor le mejoró en el tercio, pero mandando que redujera este tercio á metálico y entregara á un extraño seis pensiones anuales de dos mil duros. El importe del tercio era de veinte mil duros, y por consecuencia se llevaba más de la mitad de la mejora del tercio esa persona. El favorecido con el quinto defendia su causa de este modo: «Yo no debo pagar ese legado que va inherente al tercio.» El hijo segundo decia: «Yo no permito que se saque esa mejora en la parte de los doce mil duros, porque se ha hecho en perjuicio de las legítimas, que no pueden ser disminuidas por legados hechos á extraños, y el favorecido con la pension de los doce mil duros defendia que ese legado cabia en el quinto de los bienes, y que, por lo tanto, habia que pagárselo. Como partidor, propuse que la pension se redujera á diez mil duros, pagara la quinta parte el legatario del quinto, y los ocho mil restantes se extrajeran de la mejora del tercio percibiendo dos mil duros el hijo que no tenía más que su legítima. Pero un arreglo no es una decision legal, y cuando no haya avenencia entre mejorados y no mejorados, y los que á su favor tuvieren algun gravámen, los tribunales

han de decidir, y entónces no hay más remedio que inclinarse á los que tienen peor situacion, y estos son los que se encuentran defraudados en su legítima. Si respetable es la voluntad paterna, más digna de obediencia es la ley que se inclina á la igualdad entre los derechos de los hijos, y no la habria ni tampoco quedarian premiados los servicios de los más dignos, si por rodeos parte de esas mismas mejoras fueran á parar á personas extrañas, que son los casos que vamos examinando.

28. Y aquí viene de molde discutir lo que más de una vez se nos ha consultado despues del restablecimiento de la ley de 11 de Octubre de 1820, en 30 de Agosto de 1836, suprimiendo los mayorazgos, y por consecuencia toda clase de gravámenes perpétuos de que trata esta ley. En buen hora que no haya ya vinculaciones; ¿se impedirá por eso que se prohiba á los poseedores de bienes la libre disposicion de lo que se les deja? Ó, más claro, ¿pueden dejarse uno, dos ó más usufructos? Hé aquí planteada una proposicion que ha de dar materia á largos debates. Antes que existieran mayorazgos, y en todas las legislaciones antiguas y modernas, se reconoce la facultad de dividir el usufructo de la propiedad, y es muy comun el ejercicio de este derecho concediendo á un heredero el aprovechamiento de los frutos por un tiempo determinado ó por toda la vida. Las leyes desvinculadoras no han mermado este atributo propio del dominio, y diariamente se están acatando estas últimas voluntades distribuyendo bienes que se conceden á unos herederos en usufructo, y á otros en propiedad.

29. Que esto segrega de la circulacion una masa de riqueza, y que de ésta no se puede disponer en cierto período, no hay que controvertirlo. Pero esto no es amortizar; esto no merece reprobacion á los ojos del jurista ni del político, ni lo repugna la ciencia económica. Al contrario, quizá secunde las ideas del cultivo en grande, que tantos partidarios tiene; quizá desarrolle el amor de la patria, que se borra completamente en el alma de esos especuladores, que en un dia trasladan inmensas riquezas, tal vez mal adquiridas, á otros países en donde no se les conoce. Sus vinculaciones, y en muchas comarcas donde se ama el suelo en que se nació, se trasmiten en las familias honradas la heredad de sus antepasados. La múltiple subdivision es un grave daño para la nacion y para el poseedor; pero no por eso hemos de convenir en que la produccion aumenta en todos los casos en que pasa de mano en mano el fondo heredado. Haya, sí, libertad en las especulaciones; pueda trasmitirse la

propiedad inmueble con la misma facilidad que los objetos tangibles; pero no se coarte el dominio hasta el punto de que no se le pueda imponer la limitacion del usufructo.

30. ¿Por cuánto tiempo? La ley no lo dice, y en esto hay que atenerse á lo que dicta la prudencia. Consultado el autor de este libro por un distinguido aristócrata sobre el medio legal de perpetuar todo lo posible el nombre de su casa, le aconsejó que dejara en usufructo á su inmediato sucesor el tercio y quinto de sus bienes, y que en el mismo concepto gozara de esta rica herencia el nieto, el cual podria tirar por la ventana estas mejoras, si era un calavera, ó imitar á su abuelo haciendo iguales llamamientos en favor de su hijo primogénito y de su nieto. No de otro modo se ha trasmitido la propiedad en la gran sociedad inglesa. Allí no hay mayorazgos, y sin embargo, dentro de la legislacion comun se ha trasmitido de padres á hijos la propiedad del suelo, que esos mismos aristócratas han mejorado, porque siendo la herencia libre le imponian el gravámen del usufructo por medio de fideicomisos de dos vidas, y cuando éstas se acaban, guardan fidelidad á las grandes tradiciones de familia.

31. No hay temor de que en España tengan muchos prosélitos tan venerandas costumbres. Las casas de la aristocracia se han deshecho casi todas, y no sólo se han distribuido en manos de los hijos, sino que han pasado á las de los prestamistas y otros compradores. Si esto será un mal ó un bien, lo dirá la historia, cuando se consolide un gobierno y cesen las perturbaciones revolucionarias. Por el pronto sépase que si no se pueden imponer gravámenes perpetuos á las mejoras, como permitia esa ley de Toro, no impiden las disposiciones modernas que se concedan uno y hasta dos usufructos, es decir, que se impida la venta de los bienes en un período bastante largo.

32. Con gran satisfaccion nuestra, hemos sabido que un profundo jurisconsulto y dignísimo magistrado ha dado el mismo consejo á un su amigo que queria dejar asegurado el porvenir de un hijo y nieto. Y aunque difusos, creemos que la ley de las mejoras y sus gravámenes merecia un largo y extenso comentario. Ha ejercido gran influjo en la sociedad española y era preciso explicarla en todos sus detalles.

33. Y ponemos aquí punto á esta materia, no porque esté agotada la discusion, sino porque tenemos que escribir un largo tratado de mayorazgos al comentar las leyes 40.ª á la 47.ª, adonde remitimos al lector.

LEY VIGÉSIMAOCTAVA.

(L. 8.ª, TIT. 20.°, LIB. X, NOV. REC.)

No se puede mandar al hijo ni descendiente en vida ó muerte, más de un quinto de los bienes del padre ó madre.

La ley del fuero que permite que el que tuviera fijo ó descendiente legítimo, pueda hacer donacion fasta la quinta parte de sus bienes e no más, e la otra ley del fuero que assi mesmo permite que puedan mandar teniendo fijos, ó descendientes legítimos al tiempo de su muerte la quinta parte de sus bienes, se entienda e platique que por virtud de la una ley e de la otra, no pueda mandar el padre ni la madre á ninguno de sus fijos ni descendientes mas de un quinto de sus bienes en vida e en muerte.

COMENTARIO.

1. Los que no se remonten al estado social de España á fines del siglo XV y principios del XVI, no llegarán á comprender cuál fué el objeto de esta ley y cuáles los abusos que trató de corregir. Sin embargo, las escuelas jurídicas estaban muy divididas y se daban contradictorios fallos sobre el abono de los quintos, defendiendo unos que los padres podian dejar diversos quintos á sus hijos y sosteniendo otros que esa facultad estaba limitada á *un solo* quinto.

2. Prestábase á esta inteligencia tan diversa la ley 7.ª del tít. 12.°, lib. III del Fuero Real, la cual, de un modo terminante, manda que el que tuviere descendientes legítimos no pudiese darles más que la quinta parte de sus bienes, y que si más les diera, no fuera válida la donacion. Doctrina que estaba cor-

roborada con lo que mandaba la ley 3.ª del mismo título y libro, que trata de las donaciones que se hicieren los cónyuges ántes de tener hijos, los cuales quedaban sin efecto al tener sucesion, ménos en lo que montare el quinto. Ya veremos en adelante lo que mandan y disponen otras leyes. Por el pronto sépase, que en virtud de estas dos leyes del Fuero Real, no se podian hacer donaciones entre vivos habiendo descendientes más que de la quinta parte de los bienes, y que en armonía con ellas estaba otra del mismo Código, que es la 9.ª, tít. 5.º, lib. III, que ordenaba lo propio respecto de las donaciones ó legados que se hacian en última voluntad.

3. Naturalmente se interrogará: luego con arreglo á la ley 28.ª de Toro, no se puede disponer más que de un quinto, aunque sea en favor de los descendientes, y todo lo que se ha dicho en las leyes anteriores á ésta sobre las mejoras del tercio, queda derogado. Bien se comprende que esto sería absurdo y que el legislador no podia incurrir en semejantes contradicciones. Si con palabras claras separó de las legítimas el tercio y el quinto de los bienes que equivale casi á la mitad de la herencia, ¿cómo habia de venir despues á decir que ya no tenía derecho á condonar ó ceder, áun á sus hijos, más que la quinta parte?

4. La ley 28.ª trató de limitar una sola facultad, y era la de dejar *varios quintos*, con lo cual se daba lugar á perjudicar las legítimas. Por eso mandó en la parte dispositiva que no pueda mandar el padre ni la madre á ninguno de sus hijos ni descendientes más de *un quinto* de sus bienes en vida ó en muerte. El adjetivo *uno* es bien expresivo; sólo una parte, la unidad, la singularidad es lo que se permitia dejar en esas leyes que habian sido mal interpretadas, permitiendo y defendiendo los casuistas que valieran muchos quintos dejados en distintas ocasiones, lo cual se quiso corregir, y se corrigió por la expresada ley 28.ª de Toro.

5. Deben ser tan general el abuso y tan uniforme la mala práctica, que á pesar de ser tan claro y expreso el texto de la ley ántes citada, aún dominó por mucho tiempo la misma preocupacion y á ello dió lugar el parecer de un eminente jurista. El Sr. Palacios Ruvios, que tanta participacion tuvo en la confeccion de esas leyes aclaratorias, dice en su comentario á la que ahora nos ocupa, que el padre bien puede dejar á uno de sus hijos el tercio y quinto de sus bienes y á otro, otro quinto. Los posteriores glosadores, y principalmente Tello, Matienzo y

Sancho de Llamas, refutan opinion tan errónea y que está en abierta contradiccion, no sólo con el precepto de esa ley 28.ª, sino con otras del mismo código. Limitada la facultad de testar, cuando existen descendientes, no pudiéndose dejar á estos más que el tercio de los bienes y el quinto á quien quiera el testador, las legítimas de los hijos sufririan mayor quebranto, pudiendo dejar, ademas del tercio, más de un quinto.

6. El Sr. Covarrubias, en el capítulo de testamentis, párrafo 3.º, núm. 2.º, explica con la claridad que acostumbra en qué consisten las mejoras y cómo han de sacarse. Divide el haber hereditario en quince partes. Como lo primero que se extrae es el quinto, quiere decir que este se compone de tres partes. Quedan doce y el tercio asciende á cuatro partes, quedando por consiguiente para legítimas ocho, las que se han de dividir entre los hijos mejorados y no mejorados. Todo lo que sea extraer mayor suma, es inoficioso é ilegal, y así sucederia sacando primero dos quintos y luégo un tercio, porque no quedarian ocho partes de las quince para legítima.

7. Mas así como estos cálculos son racionales y están apoyados en los textos de varias de las leyes de Toro, tambien es preciso convenir que cuando el testador no se estralimita y deja dos quintos, sin hablar nada del tercio, su voluntad debe ser respetada, porque esas dos mejoras únicamente importan seis quindécimas partes cuando en su arbitrio estuvo disponer de dos más y no lo hizo, mejorando en esto las legítimas de los hijos. No porque se diga dispongo de dos quintos se infringe la ley 28.ª que habla de un solo quinto. Esta hay que armonizarla con las que tratan del tercio y quinto; y cuando no se menoscaban los derechos hereditarios, no hay posibilidad de perjudicar á los mejorados, sea el que quiera el lenguaje que haya usado el padre en el testamento.

8. Dicho se está que al defender que se puede dejar á dos hijos ó á uno dos quintos, este beneficio no hay posibilidad de concederlo á los extraños. La autoridad paterna es más ámplia cuando piensa en sus descendientes. Si su mirada la dirige fuera del hogar, entónces un sólo quinto puede distribuir entre sus amigos ó parientes trasversales ó de quien quiera. Por fortuna no hay en todo esto divergencia alguna en la práctica, y hasta el último notario sabe á qué atenerse al hacer particiones en que existan estas mejoras, por lo que serian inútiles mayores explicaciones.

LEY VIGÉSIMANOVENA.

(L. 5.ª, TÍT. 1.º, LIB. X, NOV. REC.)

Obligacion de los hijos de colacionar en la participacion de la herencia de los ascendientes la dote y donaciones *propter nuptias* y otras donaciones que hubieran recibido ellos. Cuando se considerarán oficiosas dichas dote y donaciones.

«Cuando algun fijo ó fija viniesen á heredar ó partir los bienes de su padre, ó de su madre, ó de sus ascendientes, sean obligados ellos é sus herederos á traher á collacion é particion la dote é donacion *propter nuptias* á las otras donaciones que obiesen recibido de aquel cuyos bienes vienen á heredar. Pero si se quisiesen apartar de la herencia que lo puedan hacer, salvo si la tal dote ó donaciones fuesen inofficiosas, que en este caso mandamos que sean obligados los que las recibiesen, ansí los hijos é descendientes en lo que toca á las donaciones, como las fijas é sus maridos en lo que toca á los dotes: puesto que sea durante el matrimonio á tornar á los otros herederos del testador aquello en que son inofficiosas para que lo partan entre sí. Es para se decir la tal dote inofficiosa se mire á lo que escede de su legitima de tercio é quinto de mejoria, en caso que el que la dió podia hacer la dicha mejoría cuando fizo la dicha donacion, ó dió la dicha dote habiendo consideracion al valor de los bienes del que dió, ó prometió la dicha dote, al tiempo que la dicha dote fué constituida, ó mandada, ó al tiempo de la muerte del que dió la dicha dote, ó la prometió, do mas quisiera escoger aquel á quien fué la dicha dote prometida, ó mandada. Pero las otras donaciones que se refieren á los fijos, mandamos que para se de-

cir inofficiosas se haya consideracion á lo que los dichos bienes del donador valiesen al tiempo de su muerte.»

COMENTARIO.

1. El ánimo decae cuando, despues de ver el texto de una disposicion legal, se extiende la vista sobre los muchos libros y prolijos comentarios que sobre la misma ley se han escrito. Comprendemos que en no pocos casos ocurrirán en la vida práctica ejemplares que tal vez no se hallen ni en el espíritu ni en la letra del precepto del legislador; pero esto no dará derecho para que los casuistas, en vez de explicar ese mismo texto, lo oscurezcan y confundan al que con ánimo sereno quiere encontrar lo que en la ley se manda. Más de una vez nos ha ocurrido registrar para el despacho de nuestros negocios una determinacion dada y comprender perfectamente, no sólo su parte dispositiva, sino su orígon y tendencias. Consultados luégo los comentarios, hemos creido, no que mandase otra cosa la ley, sino lo peligrosa que es la lectura de tanto glosador que, en vez de enseñar, perturban el sano criterio de la juventud y hacen vacilar á magistrados demasiado rígidos, ó que no tienen toda aquella comprension que se necesita para resolver las cuestiones judiciales que ofrezcan dificultad.

2. Nos han ocurrido estas observaciones al querer comentar la ley 29.ª de Toro. Para nosotros la letra de la ley es clara, y sin embargo, hemos tenido que emplear muchas semanas para leer los comentarios extensos de todos los glosadores. A los jueces ilustrados y los escolares de derecho les recomendamos que arrojen léjos de sí esos libros llenos de sutilezas, que en vez de aclarar, confunden y hacen aborrecer el estudio del derecho. Para no incurrir nosotros en el mismo defecto, que tanto censuramos, procuraremos describir con claridad el precepto de esa ley, su orígen y las vicisitudes por que ha pasado todo lo que hace referencia á la materia de colaciones.

3. Dada la existencia del derecho hereditario más ó ménos forzoso, tenía que ocuparse el legislador naturalmente de las entregas que hiciera el padre ó la madre á sus hijos al establecerlos ó emanciparlos. Antes de hablar de la legislacion española, debemos decir algo especialmente cuando ejecutaba el acto más solemne de la patria potestad, el ciudadano romano, que tantas facultades y atribuciones tenía sobre sus

hijos. De aquí dimana, que todos los comentaristas de la ley, partidarios de aquella célebre legislacion, se engolfen en explicarla para venir despues á significar lo que quiso mandar y mandó la 29.ª de Toro. Sin incurrir en la misma preocupacion, nos permitiremos una sucinta reseña para entrar de lleno en el exámen de la legislacion española.

4. Collatix, significa contribucion, subsidio; pero no se aplicaba en este sentido por los jurisconsultos. Colacionar era traer al acervo comun, á la herencia paterna la cantidad, al valor de lo que se habia recibido. Acumular parte de los bienes donados en vida por el padre á sus hijos, ya sea en especie ya sea por su valor, y con los existentes y los acumulados formar un todo y repartirlo en legítimas.

5. Es esta una materia que se roza grandemente con aquella terrible patria potestad romana que conceptuaba á los hijos como los primeros esclavos del jefe de la familia. Era un inmenso beneficio la emancipacion y haciéndose *suijuris* el hijo de familia, en compensacion perdia el derecho á la herencia paterna, porque sólo los hijos de familia que permanecian en la patria potestad eran los herederos necesarios. La dureza de esta legislacion se empezó á modificar por la magistratura. Aquella gran institucion del Pretor tuvo una influencia directa y dulcificó la aspereza de las antiguas instituciones. Preterido un hijo emancipado, el Pretor daba la posesion de los bienes *contra tabulas*, es decir, á pesar del testamento paterno.

6. De aquí nuevos inconvenientes, perjudiciales á los hijos de familia. Era el primero que si á los hijos emancipados se les reputaba como herederos y se les igualaba con los que ya habian salido de la familia, sin tener presente lo que éstos pudieron recibir del padre al tiempo de la emancipacion, éstos eran mucho más favorecidos con gravísimo perjuicio de los hermanos. La equidad exigia adoptar una medida que compensase los perjuicios y equiparar los derechos de todos. La Pretura de Roma fué la inventora de *colacionar* estos valores que se habian llevado los hijos al ser emancipados. Se quitó por lo tanto un motivo de queja; pero aún quedaba otro, y este era, que como el padre recibia y hacía suyos todos los bienes adquiridos por el hijo que estaba bajo la patria potestad, era injusto y hasta cruel que estos bienes formasen parte de la herencia paterna y entrasen á participar de ellos los hijos emancipados. Tambien el Pretor puso remedio á esta desigualdad mandando que el hijo emancipado trajera tambien á colacion todos aquellos bienes

que habia adquirido para su padre si hubiera permanecido en la patria potestad. Bajo el punto de vista romano, pudo encarecer el gran jurisconsulto Ulpiano el precepto del Pretor. En las legislaciones modernas se ha dado distinto giro á esta parte de la legislacion, porque el padre no adquiere el dominio absoluto de los peculios de sus hijos y ménos de las adquisiciones que hace el que se encuentra emancipado.

7. En la misma legislacion Romana se fueron dando reglas para casos concretos. El emperador Antonino Pio mandó que la hija de familia trajera á colacion la dote recibida de su padre. (Ley 19.ª Ff. de dotis collatione). El emperador Leon estableció igual mandato respecto de las donaciones propternupcias, (ley 17.ª, códice de collationibus). Justiniano, en la ley 19.ª del mismo título, dispuso como regla universal, que los hijos y nietos, concurriendo con sus tios, colacionasen cuantos bienes hubiesen recibido.

8. Quede establecido que desde los tiempos más antiguos no habia términos hábiles para obligar á colacionar aquellos bienes que se habian adquirido por el hijo con la toga ó con la espada. Los peculios castrenses ó cuasi castrenses eran de dominio absoluto del que los adquiria. No así cualesquiera otros bienes que tenian distinta procedencia, y los cuales eran conocidos en el derecho con los nombres de peculios adventicios y profeticios, que todos eran del padre romano. Andando el tiempo, modificó Justiniano las disposiciones legales en punto al peculio adventicio, cuyo dominio lo adquirian para sí los hijos de familia, porque era, á la verdad, bien injusto é inícuo que las herencias ó adquisiciones que el hijo tuviera por distintas líneas de la de su padre, fuera éste el verdadero adquirente y no la persona favorecida. Debió suceder infinitas veces con legislacion tan tirante que muchos hijos de familia no fueran favorecidos por parientes maternos ó extraños, porque los testadores no querian, y con razon, que en realidad fueran sus herederos personas aborrecidas, ó por lo ménos indiferentes. Cuando al través de los siglos se estudia la legislacion de un pueblo, no se comprenden estas anomalías que, al parecer, no debieron existir nunca. Sin embargo, respondian á un principio, más que jurídico, político. Este principio era que el padre de familias, el ciudadano romano lo habia de absorber todo, porque era el que tenía que responder á la patria de todos esos derechos que se le otorgaban. El militar y el togado eran los únicos que podian trabajar para sí, y la historia reseña más de un ejemplo en que

los primeros dignatarios del Estado bajaban la cabeza al gran principio de la autoridad paterna. Cuando aquel imperio colosal venia á su disolucion, y todos los derechos del ciudadano romano, cayendo por tierra é igualándose hasta los habitantes de las naciones conquistadas en el uso de estos mismos derechos, la legislacion civil tenía que modificarse admitiendo principios de equidad y justicia, que ántes se despreciaban por consideraciones de otro género. Por estos motivos ya no se colacionaron los peculios adventicios que los hijos emancipados y no emancipados habian adquirido para sí.

9. Regla universal y absoluta desde el tiempo de Justiniano, que el peculio profecticio, ó sean los bienes adquiridos del padre y de la madre se traigan únicamente á colacion al hacer la distribucion de los bienes del donante, ya sea dote ó donacion propternupcias, y con lo cual está conforme la legislacion de Castilla desde la promulgacion de las Partidas. Pero de aquí surge una duda que ya la hemos iniciado al comentar la ley 26.ª, y que la hemos resuelto más de una vez en nuestro bufete, teniendo en cuenta los principios de equidad y las circunstancias de las personas interesadas. Nos referimos á las donaciones simples, y ciertamente no se puede discutir este interesante punto de derecho sin tratar de la herencia forzosa. Es innegable que cuando la libertad de testar es absoluta pudiendo dejar los bienes al que elija el testador, toda la materia de colaciones desaparece, porque el único que legisla es el que distribuye sus bienes, y lo hace como tiene por más conveniente. Pero la legislacion romana y más aún la de Castilla, consideraron á los hijos condóminos de los bienes de los padres, y sin limitar las facultades de estos, para que en vida dispusieran de sus bienes vendiéndolos y haciendo de ellos el uso que tuvieran por oportuno, se limitaron estas facultades, no en absoluto, sino fijando una cuota como legítima de los descendientes. La ley romana sancionó, que si un padre dispusiera y donara todos sus bienes á uno de sus hijos, no acordándose de los otros, estos podrian, segun la ley 2.ª C. de *inofficiosis donationibus*, ó por la 18.ª C. *familiæ erciscumdæ*, pedir la rescision y que se les reservara la *cuarta parte* de los bienes del padre. Quiere decir, que por la antigua legislacion romana, la legítima de los hijos era la cuarta parte, pudiendo dejar á uno solo las otras tres cuartas partes. De esto, á la absoluta facultad de testar, hay poca diferencia.

10. Justiniano modificó tambien esta parte de la legislacion

y mejoró la situacion de los descendientes. En la Novela 18, capítulo 1.°, de la que se sacó la auténtica novísima C. de inofficioso testamento, se dispuso que la legítima de los hijos fuera la tercera parte del haber paterno. Cuando los hijos pasaban de cuatro debian percibir la mitad, regla que tambien establece nuestra ley de Partida XVII, tít. 1.°, lib. VI. Por pasos contados, vamos á parar á las mejoras de tercio y quinto, que no son otra cosa que la libre disposicion entre los hijos de la mitad casi del caudal.

11. Pero sin desviarnos de la cuestion planteada, á saber: si se traen ó no á colacion las donaciones simples, tenemos que someternos á las reglas sentadas por los tratadistas. Es indudable que, cuando un hijo ha sido favorecido por su padre hasta el punto de dejar sin fortuna á sus hermanos, éstos tienen derecho para atacar como inoficiosa la donacion que así los perjudica, y obtener por lo ménos la legítima forzosa. Mas cuando esas donaciones simples no afectan á esas legítimas, ¿se traerán á colacion? Aquí empezaban las distinciones por derecho romano. Si un padre dió dotes ó hizo donaciones *proprias nuptias* á unos de sus hijos y á otros les agració con donaciones *simples*, todos tienen que traer á colacion los bienes recibidos, porque sería injustísimo que los primeros tuviesen que aportar los bienes recibidos para formar el acervo comun, y los otros no. Los que sostienen esta doctrina la apoyan en la ley penúltima l. h. t., y no van descaminados. Todo lo que sea establecer el principio de igualdad debe ser grato á los tribunales, y no puede desecharse esta base cuando en la ley se encuentra, siquiera sea una sola indicacion la que lo apoye.

12. Mas de aquí deducen los partidarios de la donacion simple que cuando no existen otras donaciones que sirvan de compensacion no habrá lugar á colacionar lo que el padre por un acto de liberalidad haya dado á uno de sus hijos. Las leyes de Partida están conformes con estas ideas. En la 4.ª, tít. 15.°, Partida VI, se marca específicamente el mismo caso citado por Justiniano. Sobre ello no puede haber dificultad, siempre que quepa en las mejoras de tercio y quinto. Pero la gran cuestion consiste, si esa donacion simple se colacionara cuando por su importe exceda de dichas mejoras y de la legítima. No se puede prescindir al tratar de esta materia de lo que otras leyes de Toro tienen establecido. Pero como este es el punto más culminante del comentario de esta ley, lo dejaremos para su final y recordaremos lo que se manda en las leyes 17.ª y 26.ª de Toro.

13. Dejemos á los antiguos comentaristas engolfarse en el laberinto de casos que ocurrian en la legislacion romana para declarar inoficioso el testamento cuando tenía lugar la posesion dada por el pretor *contra tabulas*, cuando, en fin, se ejercitara la accion *familiæ erciscumdæ*. Lo propio decimos respecto á las distinciones sobre lo que se entiende por *colacion* y lo que significa *imputacion*. Nada de esto se necesita en el terreno práctico y ménos para explicar la ley que nos ocupa. ¿Cuál fué la causa de su promulgacion? ¿Cuáles las dudas que realmente trató de resolver? Esto es lo que importa que sepa el estudioso que ha de dar consejo más de una vez al padre de familia para distribuir sus bienes.

14. Ya hemos hecho la explicacion de cómo se colacionaban las donaciones por el derecho romano, habiendo venido en último término á mandar Justiniano en su Código y en las Novelas que la donacion simple no se colacionase, porque este acto de mera liberalidad no podia compararse jamas con otros adelantos ó entregas que hicieran los padres á sus hijos, ya por dote, ya por cualquier otro concepto á los varones para sostener las cargas de su nuevo estado, y que hoy llamamos nosotros donaciones *propter nuptias*.

15. En una palabra, se decia que se colacionaban todas las donaciones *ob causam*, pero no las pura y sencillamente llamadas simples. De aquí nacia la primera duda de cuáles eran las verdaderamente donaciones simples, porque la imaginacion más sutil no puede descubrir que se haga ningun acto de liberalidad sin motivo que la produzca. En último término se tropezaria con el cariño ó la caridad, los dos sentimientos más grandes de la naturaleza humana, y estas por cierto serian en último término las causas eficientes de la donacion. Así es que, en nuestra opinion, no hay, en el sentido rigoroso de la frase, donaciones puramente simples, ya se refieran á los hijos, ya á personas extrañas.

16. Sucediera lo que sucediere en la aplicacion de las leyes romanas sobre la inteligencia de esas donaciones simples al distribuir los bienes de la herencia paterna, es lo cierto que la legislacion de Castilla modificó y alteró esa excepcion privilegiada de la donacion simple. La ley 14.ª, tít. 6.º, lib. III del Fuero Real disponia que todo cuanto el padre ó la madre dieren á sus hijos por razon de casamiento, se trajera á colacion. La ley 3.ª, tít. 15.º, Part. VI dispone que las dotes, las arras y las donaciones que el padre diere por razon de casamiento se tra-

jeran á colacion, así como las ganancias que esos mismos hijos hicieren con el capital del padre si estuvieren bajo la patria potestad.

17. El espíritu y letra de estas leyes inclinaban á muchos juristas á defender que debian traerse á colacion todas las donaciones, inclusas las llamadas simples; pero la aficion al derecho romano y la circunstancia de hablar esas leyes principalmente de las donaciones *por casamiento*, sostenian la mala práctica de excluir de la colacion esas llamadas donaciones simples. Las consecuencias de tan varias opiniones eran desastrosas, porque no habia particion alguna importante en que no se tropezara con ese grave inconveniente de si debian ó no tenerse presentes los actos de generosidad de los padres, y si lo percibido por distintos conceptos en vida de aquellos debia tenerse en cuenta al distribuir entre sus hijos la riqueza que dejaban.

18. Estas divergencias y estas dudas fueron las que vino á resolver la ley 29.ª de Toro. Si la del Fuero y la de Partida citadas hablaban siempre, segun algunos, de donaciones por casamiento, la de Toro terminante y categóricamente dispone «que se traigan á colacion e particion la dote e donacion *propter nuptias e las otras donaciones que obiesen recibido de aquel cuyos bienes vienen á heredar.*» La adicion no puede ser más expresiva ni la frase más extensa y general. Todas, absolutamente todas las dádivas recibidas del padre tienen que colacionarse, ya sea para imputarlas en las legítimas, ya hayan de reputarse como mejoras de tercio y quinto, lo cual es una cosa distinta y entra en otro género de consideraciones.

19. Y si las leyes de Toro se dieron única y exclusivamente para uniformar el derecho y concluir las contiendas que disposiciones oscuras ó mal interpretadas venian produciendo males sin cuento, la ley 29.ª de que tratamos no pudo redactarse sobre esta materia interesante con palabras más categóricas. A pesar de todo, los casuistas renovaron en los siglos XVI y XVII las antiguas cuestiones y encontraron partidarios entre jurisconsultos de gran cuenta, explicando cada uno á su manera qué era donacion simple y cuál debia reputarse como *ob causam*, deduciendo en último término que la primera no estaba comprendida en la obligacion de colacionar. Y estaba esta opinion tan arraigada, que el Sr. Sancho Llamas de Molina cita el ejemplar de haberse burlado la Chancillería de Valladolid de un luminoso informe dado por Héctor Rodriguez en que defendia que la donacion simple estaba sujeta á colacion. No entendió como

corresponde la ley de Toro la Chancillería de Valladolid, y el catedrático de Salamanca tenía razon, porque las palabras *e las otras donaciones que obiesen recibido de aquel*, no exceptúan ninguna entrega ni adelanto que se hubiese hecho al hijo favorecido.

20. Ya se nos alcanzan muchos de los infinitos ejemplos que ocurren en la vida, y que pueden poner en tortura la severa imparcialidad de un partidor de herencia. Es muy comun venir á ménos el hijo emancipado y casado, y el padre amoroso llevarle con toda su familia al hogar paterno y mantener por espacio de años, tres, cuatro ó cinco individuos de esta misma familia, lo cual supone en ocasiones dadas muchos miles de duros. Muere el padre, y los otros hijos reclaman que al mayor ó casado se le obligue á traer á colacion los ocho ó diez ó más miles de duros que gastó en el espacio de seis, ocho ó diez años. El favorecido al propio tiempo defenderá que esas repetidas donaciones no fueron más que actos de caridad y cariño, y teniendo el padre obligacion de mantener á los hijos necesitados, aunque estén fuera de la patria potestad, no puede suponerse que esos alimentos fueran adelantos hechos á cuenta de legítimas y de mejoras. Por otra parte, los hijos perjudicados dirán, y con razon, que si el hermano casado y su familia no hubieran venido á la casa paterna, y dicho hijo hubiera recibido mil ó dos mil duros anuales para atender á su subsistencia, y que es lo que verdaderamente gastó en la casa del padre comun, esos adelantos se hubieran traido sin disputa alguna á colacion para establecer la igualdad entre los hijos.

21. Los razonamientos de una y otra parte son concluyentes. Para nosotros la ley 29.ª de Toro no ofrece dificultad alguna. Todas, absolutamente todas las donaciones, ya sean simples, ya de otra especie se tienen que traer á colacion; y si el hijo casado se entra por las puertas de la casa del padre en compañía de su mujer y de tres ó cuatro hijos y de los sirvientes necesarios, segun la categoría de la familia, para allí recibir diariamente donaciones que han de menoscabar necesariamente la herencia paterna, los hijos menores están en su derecho pidiendo que aquel caudal se traiga á colacion, si bien se tenga en cuenta que no puede haber la mayor rigidez en el justiprecio de estos mismos alimentos.

22. Por de contado hay necesidad de considerar que esas donaciones son verdaderas mejoras en el caso que el padre no haya dispuesto otra cosa. En nuestra práctica hemos tenido

ejemplares de diversa especie. Un padre nos consultó cómo habia de igualar á sus hijos por haber recibido mucho el mayor en este concepto, y le dijimos que explicara en su testamento este hecho diciendo que en compensacion mejorase en tercio y quinto á los hijos menores; y si éstos todavía promovieran dudas, queriendo obligar al mayor á traer á colacion los alimentos, mejorase á éste en el mismo tercio y quinto, quedando sin efecto la otra mejora ántes indicada. Así lo ejecutó, y todos acataron y obedecieron la voluntad paterna.

23. Otro caso hemos tenido, y en éste el padre no dijo nada ni expuso nada; pero existia el hecho de haber gastado el hijo casado más de veinte mil duros en la casa paterna. Por fortuna el caudal era grande, y esa suma se reputó por mejora del tercio, y de la cual no habia dispuesto el padre.

24. Lo cierto es que el testador debe procurar en este y otros casos de igual naturaleza ser bien explícito cuando otorgue su última voluntad. Los abogados y los notarios, y muchas veces los eclesiásticos tienen obligacion de estudiar, al dar su consejo, las circunstancias particulares del testador y la de su familia con el fin de evitar á su fallecimiento esos conflictos que acaban muchas veces con la fortuna de los herederos y engendran odios que tarde ó nunca se acaban. Por más que las leyes, como la que ahora comentamos, establezcan un principio universal y constante, la variabilidad de los casos da lugar á esas interpretaciones, que no tendrán aplicacion, si el legislador de la familia no procura explicar perfectamente cómo y por qué hizo la donacion á uno de sus hijos.

25. Conexion íntima tiene con estos casos la donacion remuneratoria, y los comentaristas se entretienen, no en dar una verdadera y significativa denominacion explicando cómo y cuándo pueda darse este título á los pagos que hace el padre á sus hijos, sino si debe imputarse primero en las legítimas dicha donacion, ó si se considerará en primer lugar como mejora. No debe ser esta la cuestion, sino si há lugar á colacionarse lo que el padre entregó como tal donacion remuneratoria. Por derecho romano, y adquiriendo el hijo de familia trato para el padre, es evidente que cuanto dicho hijo adquiriese era para aumentar el caudal paterno. Por derecho español no puede decirse lo mismo. El hijo emancipado ó no emancipado, trabaja con el capital del padre ó en sus haciendas, y por este trabajo recibe una remuneracion más ó ménos grande. Hace lo que ejecutaria cualquier dependiente, administrador ó director, y contribuye

al fomento de la riqueza paterna. Esto es comun en todas las industrias, sea el padre agricultor, comerciante ó fabricante; y es indispensable no equivocar los conceptos y llamar donaciones remuneratorias las pagas que se harian al hijo, si fuera una persona extraña. Podrá haber en muchos casos esplendor en la retribucion, lo cual no se tendria con un dependiente que no fuera hijo; pero es lo cierto que nunca pueden darse á estas relaciones sociales ni llamarse donaciones de ninguna especie, ni remuneratorias ni no remuneratorias al pago más ó ménos espléndido que se haga por un servicio. En el comercio suele adoptarse el medio previsor de interesar á los hijos, como tambien á los dependientes de alta categoría, dándoles un tanto por ciento en las ganancias. Sean estas grandes y formen en pocos años un enorme capital, no por eso se puede decir que aquí ha habido donacion, y que el hijo debe traer esta fortuna á colacion, porque la ley 29.ª manda que toda donacion, sea de la especie que quiera, entra en la jurisdiccion de dicho precepto.

Lo primero que se niega es que tales retribuciones merezcan el título de donativos, y ménos que haya nadie que tenga derecho á pedir participacion en lo que el hijo ganó legítimamente haciendo lo que hubiera podido verificar un tercero en la casa ó con la industria del padre.

26. Quizá en alguna ocasion haya abuso, y el amor paterno, favoreciendo á los hijos mayores, les cree una inmensa fortuna dándoles mucho más de lo que sus servicios merezcan y resulte despues que estos hijos queden muy ricos y con modesta ó escasa fortuna los hermanos. No hay medios ni debe haberlos en la legislacion para entrometerse en investigar los secretos móviles que tuvo el padre de familia para proceder de esta manera. Si cada uno es dueño de su capital pudiendo exponerse á perderlo en empresas arriesgadas, no comprendemos cómo ni por qué el ojo de la ley ha de estar abierto para calificar las demasías que el padre pueda cometer entregando parte de su capital á un hijo para que lo maneje.

27. Esto no impide que cuando se haya tratado de defraudar la legítima por malas artes y de llevar á efecto una desheredacion, sin adoptar las medidas y resoluciones que las leyes prescriben, esos tratos no se puedan impugnar obligando á los hijos favorecidos á que traigan á colacion lo que malamente recibieron. Una cosa es que no deba llamarse donacion remuneratoria el premio que se da por el trabajo, páguese ó no con

esplendidez, y otra cosa es descubrir en ese mismo pago la dañada intencion de enriquecer á unos hijos á costa y con perjuicio manifiesto de otros. El abuso está siempre inmediato al uso; y para distinguir los actos injustos de los que están dentro de la ley, se crearon los tribunales y para enseñar la justicia y pedirla están los jurisconsultos. Las leyes sientan principios generales y á ellos deben someterse los infinitos casos que forman despues la jurisprudencia y en los que naturalmente ha de jugar un papel importante el criterio del partidor.

28. Y ya es tiempo de pasar al exámen de la segunda parte de la ley. Despues de mandar que todas las donaciones, sean de la especie que quiera, se traigan á colacion, reconoció el legislador que podria ocurrir muy bien que esa acumulacion destruyese derechos legítimamente adquiridos. Toda legislacion previsora busca los medios de aumentar la poblacion y regularizar las costumbres. El pueblo, que no protege el matrimonio, la escuela que destruye el hogar doméstico, el partido que maldice la familia, están juzgados. No puede haber riqueza, ni felicidad, ni virtudes en una nacion en que no se santifique la union perpétua del varon y la hembra. Principio sublime, que nos separaria de nuestro propósito, si tratáramos de extendernos sobre este principio salvador del órden social, y del cual trataremos en otro comentario. Para lo que á nuestro propósito conduce ahora diremos, que si el hombre, al llegar á cierta edad, quiere ser cabeza de familia y necesita establecerse y lo propio le acontece á la mujer, los padres son los que han de procurar que sus hijos cuenten con algunos recursos para empezar á vivir independientes. Abrid la historia de todos los pueblos, y en ella encontrareis el amor paterno desprendiéndose de una parte de su fortuna para dar un bienestar á los hijos de sus entrañas. Las dotes y donaciones *propter nuptias*, forman parte de las costumbres y de las leyes de todos los países. Pues bien; estas donaciones, y todas las demas que los padres hagan á sus hijos se tienen que traer á colacion. ¿Siempre é incondicionalmente? Esto sería hasta cruel, perjudicando ademas al hijo que habia sido favorecido y la persona que con él se uniera. Un padre dota á su hija al casarla, en proporcion á sus haberes y con las limitaciones que prescribe el derecho. Y lo propio decimos si es un varon, al que le da un capital para que se establezca. El dominio absoluto de estos bienes ó de estas cantidades pasa á los agraciados sin limitacion alguna y ninguno de la familia tiene derecho á pedir que estos bienes

vuelvan al acervo comun para dividirlos entre los hermanos, por más que el padre haya perdido parte de su fortuna y los hijos solteros se queden sin legítima.

29. Esto es lo que se previene y manda en la segunda parte de esa misma ley 29.ª Si las dotes se constituyeron legalmente, y no hay términos hábiles para declararlas inoficiosas, aquel caudal, si bien debe traerse á colacion para igualar las legítimas, no se desmembrará en perjuicio de quien la recibió, porque la ley 29.ª le da derecho para elegir, ó el tiempo de la constitucion de la dote, ó el del fallecimiento del padre, *do más quisiere escoger aquel á quien fué la dicha dote prometida ó mandada.*

30. Y aborrece tanto el legislador que se destruyan los hechos consumados, que para que se declaren inoficiosas las donaciones es indispensable que se cuente, no sólo lo que podia corresponder como legítima al tiempo de constituirse, sino lo que importase el tercio y quinto de mejoría. Así se lee en el corazon de la misma ley, y sus fundamentos no son más que los que dejamos expuestos. Sería muy duro adquirir los compromisos de padre de familia contando con el capital aportado por la mujer, y que este capital desaparece ó se desmembra porque baja ó se destruye la fortuna del que constituyó la dote. Por más que haya juristas sensatos que atacan, y con razon, varios de los privilegios dotales, la determinacion de esta ley respecto del punto que trata no merece ciertamente crítica alguna.

31. No se olvide, sin embargo, que ese derecho de elegir tiempo está limitado á las dotes y donaciones *propter nuptias* respecto del tipo que se ha de buscar para declararlas ó no inoficiosas. Este es el último período de la ley en que se lee lo siguiente: «Pero las otras donaciones que se ficieren á los fijos, mandamos que para se decir inofficiosas se haya consideracion á lo que los dichos bienes del donador valieren al tiempo de su muerte.» Estas palabras no necesitan comentarios ni explicaciones, y aquí concluiríamos el comentario de la ley 29.ª si no tuviéramos precision de ocuparnos de las modificaciones que ha recibido esta importante disposicion legal. La parte más difícil de nuestro trabajo no es discurrir sobre el contenido de las leyes de Toro, sino emitir opiniones acertadas sobre lo que hoy rige de aquel sabio código.

32. En efecto, no habian trascurrido treinta años cuando el mismo D. Cárlos y Doña Juana en 1534, y D. Felipe II en las

Córtes de Madrid en 1573, expedian la famosa ley, que es hoy la 6.ª, tít. 3.º, lib. X de la Nov. Recop., poniendo tasa á las dotes y declarando de un modo absoluto que «ninguno pueda dar ni prometer, por via de dote ni casamiento de hija, tercio ni quinto de sus bienes, *ni se entienda ser mejorada tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos.*»

33. La ley siguiente, que es la pragmática promulgada por Felipe IV de 11 de Febrero de 1623, manda observar lo prescrito en la ley anterior respecto de las dotes y arras dando reglas por cierto minuciosas sobre joyas, vestidos y demas gastos que se hacen en las bodas. Lo propio se ordena en la ley 8.ª que promulgó Felipe V en 5 de Noviembre de 1723. Pero es lo cierto, que de todo lo que se manda en estas tres leyes, lo único que está en vigor, es que ninguna dote se reputa desde entónces como mejora de tercio y quinto y que las hijas la tienen que colacionar, considerándose como inoficiosas. García Goyena y Aguirre dicen en el número 210, título 5.º del tomo I, hablando de la tasa de las dotes, que estas disposiciones no están en observancia; pero que puede sentarse por regla general que al tiempo de constituirse deberá atender al número de hijos que tiene el dotante, á los haberes de que goza, etc.

34. Esta materia es tan delicada, que es preciso nò dejar lugar á dudas sobre la manera de apreciar la constitucion de las dotes, la colacion y los derechos que producen. Establecida esa diferencia entre las dotes y las otras donaciones que los padres hacen á sus hijos, hasta el extremo de que las primeras ya no se reputan nunca como mejoras y es necesario traerlas á colacion; de aquí ha surgido la duda de si esas hijas podrán optar al beneficio de elegir el tiempo de la constitucion de la dote, para saber si es ó no inoficiosa. Esta prerogativa está consignada en la ley 29.ª de Toro y nosotros sostenemos contra la opinion de algunos autores que este privilegio no se ha modificado ni alterado en manera alguna. Nos parece que el Sr. Escrich es el mejor civilista de los que han escrito en el presente siglo, y en la página 845 del tomo I de su *Diccionario* dice lo siguiente: «Si la dote fuese *inoficiosa*, esto es, mayor que la legítima correspondiente á la hija, debe restituirse el exceso en la particion de la herencia paterna ó materna, para que se divida entre todos los herederos, sin que se pueda imputar á la hija en mejora de tercio y quinto, como se imputa al hijo el sobrante de la donacion *propter nuptias*, pues la hija no puede entenderse mejorada por vía de dote ni por otra especie de contrato

entre vivos. Pero para calificar de inoficiosa la dote, se ha de atender á lo que valian los bienes del dotante al tiempo de su muerte ó al tiempo en que se prometió ó constituyó la dote, segun eligiere la hija dotada; al paso que para calificar de inoficiosa la donacion *propter nuptias* sólo se tiene en consideracion el valor de los bienes del donante al tiempo de su muerte; y como puede suceder que el patrimonio del que da la dote ó hace la donacion sea más cuantioso en un tiempo que en otro, resulta por esta parte á favor de los hijos una ventaja en que se compensa la desventaja que tienen de que las dotes no les puedan servir para mejoras, como sirven las donaciones *propter nuptias* á los hijos varones: *leyes* 5.ª *y* 6.ª, *tít.* 3.º, *libro* X, *Novísima Recopilacion.*»

35. Nos ha hecho meditar mucho la ley 29.ª por la diversa manera que ha sido entendida y modificada desde su promulgacion. No sabemos si habremos acertado á explicarla, pero si al lector le ocurrieran dudas, puede consultar á los antiguos comentadores en la conviccion de que no ha de encontrar en ellos la claridad con que hemos procurado explicar el texto.

LEY TRIGÉSIMA.

(L. 9.ª, TÍT. 20.°, LIB. X, NOV. REC.)

Los gastos del funeral se saquen del quinto de los bienes del difunto, y no del cuerpo de ellos.

La cera y misas é gastos del enterramiento se saquen con las otras mandas graciosas del quinto de la hacienda del testador y no del cuerpo de la hacienda, aunque el testador mande lo contrario.

COMENTARIO.

1. En esas cortas líneas da á conocer el legislador que, al llamar la muerte á nuestras puertas, tambien la ambicion humana y la vanidad ejercen su poderoso influjo. Los funerales han sido en todos los pueblos dignos de estudio del historiador, del filósofo y del jurisconsulto. La antigua civilizacion revistió estos actos de una pompa y grandeza que rayaba en locura. Sentimientos fingidos sacrificaban, no sólo las fortunas, sino la vida preciosa de séres inocentes. La religion del Crucificado no podia ménos de atacar esas pompas mundanas, y la Iglesia registra muchos preceptos prohibiendo esas costumbres gentílicas. Sin embargo, todo el poder de la religion y de los gobiernos no han podido destruir esa flaqueza de distinguirse el hombre hasta despues de su muerte. Los parientes se creerian deshonrados si no gastaran parte de la fortuna en hacer ostentacion de que su progenitor sea conducido de un modo lujoso al sepulcro. Las costumbres tienen que modificarse mucho en este punto.

2. No es nuestra mision, y mereceríamos severa crítica

si aquí describiéramos la historia de los enterramientos en España. Diremos, sí, que en los primeros códigos ya se descubren vestigios de cómo se ha de dar sepultura á los muertos y de quiénes han de pagar estos gastos. Son muchas las disposiciones que sobre el particular comprende el gran libro de las Partidas; pero á los estudiosos y eruditos les recomendamos la lectura del tít. 3.° de la Partida VI, dedicado exclusivamente á prescribir reglas sobre las sepulturas. En lo que concierne al punto que ahora tratamos, puede registrarse la ley 12.ª que habla de «las *expensas* que facen los omes por razon de los muertos, quales deben cobrar, ó non, é cuantas cosas deben ser guardadas en facerlas.» Ley filosófica, que al paso que da preferencia para cobrar los gastos de enterramientos en competencia con otras deudas, pone la justa limitacion *solo que aquestas despensas sean fechas mesuradamente, catando la persona de aquel por quien sean fechas.*

3. Como no habia regla fija para esas expensas y como diariamente ocurriesen pleitos, para averiguar de dónde se habian de sacar estos gastos, la ley de Toro puso limitacion. Desgraciadamente no habló sino de los funerales del que dejara herederos forzosos. Quien no los tenga, puede á su gusto y placer distribuir su herencia como mejor le plazca, destinándola, si así se le antojara, para que se gaste en misas y responsos.

4. Mucho ha dado que discurrir á juristas y filósofos esta ilimitada y ámplia facultad; y como indicamos al principio, la variedad en materia de enterramientos y pompas fúnebres, es infinita. Quién sostiene que el legislador no debe tomar participacion alguna en estos actos de sentimiento (la familia del muerto es la verdadera árbitra, siempre que el finado no haya dado reglas, en cuyo caso no hay más que acatarlas y cumplirlas); quién cree que el principio religioso es el único que debe regular todo lo que concierne á los muertos; quien, por último, opina que el legislador es el solo que hasta por higiene pública debe intervenir, no sólo en la distribucion de la riqueza del que ya desapareció, sino en dónde y cómo ha de ser enterrado. Exageraciones que el crítico severo tiene que desechar, no admitiendo ningun principio absoluto en un asunto en que verdaderamente tienen que pesar mucho consideraciones de todo género.

5. ¿Se puede dudar que al detenerse el viajero ante las pirámides de Egipto, ó registrando el panteon de Cecilia Metela dirá con profundo dolor, que aquellas inmensas moles repre-

sentan el despotismo de los Faraones y la vanidad de los poderosos, sin que de esos monumentos haya sacado el menor provecho la humanidad? ¿Y no se exalta tambien el espíritu al leer por primera vez la descripcion de esas hecatombes, en que los sacrificios humanos juegan tanta parte en los funerales de los potentados, ó de los jefes de la familia? Leyes, y leyes severas, han debido promulgarse para cortar de raíz esas aberraciones que hacen tan poco favor á la humanidad. Abandonado el pueblo á sí mismo y sin más criterio que sus pasiones, siempre dará esos amargos frutos, que sólo puede cortarlos la ley impasible, que debe ser el producto de la experiencia y de la filosofía. No puede haber buenas leyes, donde no hay buenas costumbres. Nosotros venimos defendiendo hace muchos años, que el legislador es el que ha de formar los hábitos de los ciudadanos, porque generalmente las muchedumbres no tienen los mejores instintos.

6. Volviendo á nuestro propósito, diremos que en todos los pueblos se ha legislado y se legislará sobre un suceso tan importante de la vida, cual es la muerte; y que si bien es preciso dejar algo al dolor y al amor de los vivos hácia los muertos, y permitir que, en uso del derecho de propiedad, pueda disponer cada ciudadano de una parte de su riqueza para que se engalane su sepulcro y se le conduzca á la última morada con gran boato ó se gaste en sufragios religiosos ó mundanos una parte de sus ahorros, siempre defenderemos que si este derecho es ilimitado hasta cierto punto, y tiene que serlo en vida, debe tener sus cortapisas para despues de la muerte.

7. Ya hemos visto que la ley 30.ª de Toro no pone esa limitacion más que cuando hay herederos forzosos. El que no los tiene puede dejar, como ya hemos insinuado ántes, toda su hacienda para gastarla en salvas, para levantar pequeñas pirámides, para que le digan responsos, para salvar su alma, ó para que se invierta en mil caprichos, todos censurables ante el buen sentido. En nuestra laboriosa y experimentada práctica hemos tenido las consultas más peregrinas, y nuestra conciencia está satisfecha al evitar el otorgamiento de testamentos en que se distribuian cuantiosos bienes de un modo irregular y nada justo. En nuestra juventud y en los primeros albores de la abogacía, y ayudados por un ilustrado y virtuosísimo sacerdote, pudimos conseguir de una anciana señora que no dejase sus cuantiosos bienes para que se gastasen todos en misas y responsos, y destinó una gran parte á los pobres. Recientemen-

te hemos sido consejeros de otra señora ilustre, que queria desheredar á sus hijos y destinar su inmenso patrimonio, sito en provincias donde hay libre testamentifaccion, y que se distribuyese en sufragios por su alma y la de su esposo. Esta señora, que tenía una absoluta confianza en su abogado, le pedia uno y otro dia el borrador que queria le redactase para llevar á cabo ese despojo. Sin contrariarla de frente, y haciendo uso de todas las armas nobles que presta la experiencia y la ciencia, esa señora no testó, y sus hijas están bien ajenas del distinguido servicio que les hizo una persona desconocida.

8. Pues bien, no se ataca ni al derecho de propiedad, ni al principio religioso, prohibiendo la ley que, así como el padre de familia que tiene herederos forzosos, no pueda disponer más que del quinto ó tercio de sus bienes para su entierro y sufragios, tampoco se le conceda más facultad al célibe ó al que no tiene herederos forzosos. El derecho de testar no ha sido nunca ni en ninguna legislacion ilimitado, y nunca olvidaremos las santas palabras del eclesiástico á quien ántes hemos aludido: «Señora, decia á nuestra amiga, buena es el agua bendita; pero no con ella, y pagándola muy cara, se lavan las culpas y pecados. Deje V. á los pobres una parte de su gran riqueza, y que entre estos pobres entren muchos sacerdotes necesitados.» Este es el lenguaje del cristiano y del hombre pensador. La ley debia consignar este mismo principio limitando ese derecho de testar, y evitaria que se cometieran los abusos que en esta materia se conocen. Si la sociedad antigua merecia crítica al enaltecer la memoria de los muertos, las sociedades modernas tienen mucho que corregir en punto á obsequios funerarios, porque en esta materia, ni áun se han adoptado aquellas medidas necesarias que exige la salud pública.

9. Bien conocemos que nos hemos extraviado algun tanto del precepto de la ley 30.ª de Toro; pero la materia se presta á ello, y nos hemos permitido amenizar algun tanto las árduas cuestiones de la muerte.

LEY TRIGÉSIMAPRIMERA.

(L. 1.ª, TÍT. 19.º, LIB. X, NOV. REC.)

El comisario, para testar, no puede hacer heredero ni lo demas que se expresa, sin poder especial.

Porque muchas veces acaece que algunos porque no pueden, ó porque no quieren facer sus testamentos, dan poder á otros que los fagan por ellos; é los tales comisarios facen muchos fraudes y engaños con los tales poderes, extendiéndose á más de la voluntad de aquellos que se lo dan: por ende para evitar los dichos daños, ordenamos é mandamos que de aqui adelante el tal comisario no pueda por virtud de tal poder hacer heredero en los bienes del testador, ni mejoría del tercio ni de quinto, ni desheredar á ninguno de los hijos, ó descendientes del testador, ni les pueda substituir vulgar ni pupilar ni ejemplarmente, ni hacerles substitucion alguna de cualquier calidad que sea, ni pueda dar tutor á ninguno de los hijos ó descendientes del testador, salvo si el que le dió el tal poder para hacer testamento, especialmente le dió el poder para hacer alguna cosa de las susodichas: en esta manera el poder para facer heredero nombrando al que da el poder por su nombre á quien manda que el comisario faga heredero, y en cuanto á las otras cosas, señalando para qué le da el poder, y en tal caso el comisario pueda hacer lo que especialmente el que le dió el poder señaló ó mandó, y no más.

COMENTARIO.

1. Los Romanistas no encuentran vestigio alguno de esta delegacion en el derecho de la Ciudad Eterna. Al contrario, en

las leyes 32.ª y 70.ª, ff. de *heredibus instituendis*, se prohibe de un modo formal y absoluto que uno haga testamento por otro. Era un acto solemne de ciudadanía, y no se podia encomendar á tercera persona. A su semejanza la ley 11.ª, tít. 3.º, Partida VI, se ocupa de la misma materia y declara nulo y de ningun valor el nombramiento de heredero que hiciese otro en virtud de poder.

2. ¿De dónde procede entónces esta ley de Toro, y cuáles fueron las dudas que vino á resolver? Este es uno de los casos en que el derecho de los pueblos conquistadores luchó con el que habian importado los Romanos. En el Fuero Juzgo se encuentra algun vestigio parecido al comisariato, pero donde verdaderamente se crea esta institucion es en el Fuero Real, diciéndose en la ley 6.ª, tít. 5.º, lib. III, que lo que haya dispuesto el que recibió el poder para hacer testamento sea válido y subsistente, como lo sería si lo hubiese ordenado aquel que le dió el poder, y supone tambien dicha ley que la causa de dar poder á otro para hacer testamento nace de que el que da el poder ó no quiere ó no puede hacer por sí el testamento.

3. Esta ley del reino, que tenía, ó por lo ménos debia tener, más fuerza que la de Partida, porque este no es más que un código supletorio, no dejaba de ofrecer dificultades sobre las atribuciones del comisario; si podia ó no podia nombrar heredero, distribuir la herencia de esta ó de la otra manera, y si era ó no indispensable justificar si el poderdante podia ó no podia hacer testamento.

4. Estos y otros muchos casos fueron los que vino á resolver la ley 31.ª de Toro marcando específica y determinadamente quiénes podian nombrar comisario y cuántas y cuáles eran las atribuciones de éste en conformidad á los preceptos contenidos en el mismo poder. En realidad el comisario no es más que el fideicomisario romano, que tambien se conoce en el derecho civil moderno, y no se nos alcanzan los motivos que pueda tener el que otorga un poder para testar para no hacer desde luégo testamento. En uno y otro acto se piensa en la muerte y se designa quién ha de suceder en los bienes, porque si el otorgante no lo dice, y no se dan esas atribuciones, el comisario no puede nombrar heredero.

5. Mas entrando en el fondo de la ley, lo primero que ocurre preguntar es: ¿quién puede nombrar comisario? La contestacion es sencilla, el que puede hacer testamento; y como no tiene este derecho el menor de 14 años, ni el mentecato, ni el fa-

tuo, ni el pródigo, ni ninguno que tenga incapacidad legal de otorgar instrumentos públicos, éstos son los que no pueden elegir comisario. La ley quiere que este encargado sea en rigor un apoderado que no pueda estralimitarse de las facultades que le dé el poderdante; y para ello, si se limita á hacer el simple nombramiento de tal comisario, sus atribuciones son tan cortas como cuando simplemente se dice: nombro por mi comisario á N..... Entónces dicho sujeto, no puede ni elegir heredero, ni nombrar tutor, ni hacer mejora de tercio y quinto, ni en fin, desempeñar otra mision que la de simple albacea, porque segun nuestra doctrina ni áun legados podria distribuir, aunque cupiesen en el quinto.

6. Y tenemos estas opiniones, porque la ley nos autoriza á reducir las facultades de tales funcionarios. Dice y con razon que estos encargos dan lugar á muchos fraudes y engaños, y que para evitarlos se adoptan estas y las otras medidas. Luego cuando se dude si tiene derecho dicho comisario para hacer alguna cosa, la interpretacion debe ser estricta y decidirse por la limitacion en vez de ensanchar las facultades. El testador que quiere encomendar á un su amigo que se coloque en su lugar, y que distribuya sus bienes como él tiene encomendado, hace un fideicomiso, le nombra tal heredero fideicomisario; y éste, bajo su conciencia, dispone de la herencia y la entrega al que en la intimidad se le designó. Claro es, que esto no puede tener eficaz resultado más que cuando no existen herederos forzosos, ó por lo ménos esos nombramientos no pueden tener eficaz resultado más que en la parte de que pudo disponer el testador. Generalmente ni el fideicomisario ni el comisario se eligen sino por los célibes, por aquellos que pueden dejar su patrimonio al primero que pase por la calle. Más de una vez sucede que, siendo mezquinos, no queriendo pensar en la muerte, sus herencias van á parar á personas en quienes no pensaron, porque confian en quienes los adulan y de éstos es de quienes trata el legislador y con harta razon dice que suelen cometer muchos fraudes y engaños.

7. Si la ley del fuero permitia que genéricamente se podia facultar para nombrar heredero, sin nombrar la persona, los Reyes Católicos mandaron que el heredero fuese designado por su nombre, porque en otro caso la eleccion sería nula. Las palabras del legislador son categóricas y no se pueden tergiversar por las razones ántes expuestas. Sin embargo, están divergentes los autores, si no en cuanto al nombramiento de herede-

ro, sí respecto á la dacion de mejoras y al nombramiento de tutores. Cuando el testador ha dicho: el comisario designará al hijo que quiere mejorar, el que haya de ser el tutor, entónces no es necesario que lo designe con su nombre. Pero si en vez de este lenguaje usa de otro, en que aparezca que el comisario es quien lo elige, como si dijera que concede esta facultad al expresado sujeto, tal determinacion no valdrá, porque no es entónces el padre, sino el comisario quien favorece quizá á la persona que ménos lo merezca.

8. Nosotros somos rígidos y severos en la interpretacion de la ley. Diciendo como dice esta, que dichos nombramientos no los puede hacer el comisario, *salvo* si el que le dió el tal poder para hacer testamento, *especialmente le dió el poder para facer alguna cosa de las susodichas: en esta manera el poder para facer heredero, nombrando el que da el poder por su nombre, á quien manda que el comisario faga heredero*, no parece que se puede sutilizar buscando fórmulas más ó ménos expresivas, para sustituir el lenguaje que ha de usar el que otorga el poder. Reconociendo el legislador que la institucion de los comisarios se presta á los engaños y falsedades y á que se cometan muchos fraudes y engaños, todas las restricciones son pocas y no hay que andar con distinciones, de si las palabras del poder hablan de la persona ó de la sustancia de la disposicion. Siempre consultamos con gusto á Covarrubias y Castillo, que disertan largamente sobre este punto, el primero en el capítulo de *Testamentis*, número 14, y el segundo en el libro II, *Controversarium*, capítulo 6, número 51; pero las observaciones de estos excelentes tratadistas no nos convencen, y queremos, siguiendo la letra de la ley, que el poderdante cumpla con lo que en ella se manda de nombrar por su nombre al heredero y mejorado que luégo ha de designar el comisario. Esto cuesta bien poco y se evitan esos fraudes y engaños. No estamos solos defendiendo este parecer. Antonio Gomez, en el número 4 del comentario á esta ley, y otros, se encuentran en armonía con nuestra opinion.

9. Y no se diga que en lo demas, en la eleccion de heredero se puede aplicar la ley con todo rigor, pero no en las otras atribuciones, como las de designar las mejoras, elegir tutores y hasta hacer legado, lo cual no se prohibe en las últimas frases, siempre que para ello recibiese especialmente el poder. Cabalmente en las mismas nos fundamos, para coartar todo lo posible esas peligrosas atribuciones. Dos cosas se exigen en ellas.

Primera, que el poder sea *especial*, y segunda, que el comisario no se extienda más allá. *Y no más*, son las últimas palabras preceptivas del legislador; y cuando toda la tendencia es restringir las facultades, no concebimos cómo se quiere mirar y calificar negocio de poca monta la adjudicacion de mejora y el nombramiento de tutores, y distribuyendo quizá toda la herencia, ó una buena parte, en legados ó sufragios. Aquí se encuentra el foco de los engaños y fraudes de que se habla en la ley, y los comentadores no deben dar pábulo á que en vez de corregir abusos, se abra la puerta á cometerlos mayores.

10. Permítasenos repetir, que el que no quisiere pensar en la muerte y otorgar testamento, lo cual haríamos nosotros que fuera obligatorio á cierta edad y contando con alguna fortuna, tiene el medio expedito del fideicomiso. Claro es, que nos remitimos á los que no tienen herederos forzosos, porque existiendo estos, inútilmente nombrarán comisarios ni herederos fideicomisarios los poderdantes para que puedan perjudicar los comisarios á las legítimas de sus descendientes ó ascendientes. Cuando la familia está bien constituida, cuando el hombre ha llenado su mision en la tierra, y no es un parásito, que no ha pensado más que en sí mismo, no se otorgan fideicomisos con encargos secretos ni se elijen comisarios. Los hijos y la mujer son los que reciben el último suspiro del testador, y no hay entónces necesidad de personas extrañas que muchas veces significan grandes faltas que se tratan de encubrir con esos encargos secretos. No queremos nosotros privar á estos testadores del agua y del fuego; pero sí nos inclinamos á que no se aumenten las atribuciones de personas que pueden venir á perturbar los derechos legítimos de los que debieron heredar. Cuando tan grandes ataques se dan á la propiedad individual, y más aún á la herencia, el jurista previsor debe encauzar las ideas para que esas mismas herencias vayan á los que la razon y la naturaleza han llamado en todos los pueblos y en todos los tiempos. Materia digna de estudio y que explanaremos comentando alguna otra cuestion legal.

LEY TRIGÉSIMASEGUNDA.

(L. 2.ª, tít. 19.º, lib. X, Nov. Rec.)

El comisario, en virtud del poder general para testar, puede hacer lo que en esta ley se previene.

Cuando el testador no hizo heredero, ni ménos dió poder al comisario que lo ficiese por él, ni le dió poder para hacer alguna cosa de las dichas en la ley próxima, sino solamente le dió poder para que por él pueda hacer testamento, el tal comisario mandamos que pueda descargar los cargos de consciencia del testador que le dió el poder, pagando sus deudas é cargos de servicio, é otras deudas semejantes, y mandar distribuir por el ánima del testador la quinta parte de sus bienes, que pagadas las deudas montare, el remanente se parta entre los parientes que vinieren á heredar aquellos bienes abintestato: é si parientes tales no tuviere el testador, mandamos que el dicho comisario dejándole á la mujer del que le dió el poder lo que segun leyes de nuestros reinos le puede pertenecer, ha obligado á disponer de todos los bienes del testador por causas pias é provechosas á la ánima del que le dió el poder é no en otra cosa alguna.

COMENTARIO.

1. Aunque la presente ley no parece que es más que un apéndice y corolario de la anterior, sin embargo, resolvió árduas cuestiones que traian perturbados á los tribunales. Examinaremos primero lo que tenía relacion con el derecho romano, y luégo analizaremos la parte que en este asunto de los comisarios habia tomado de la legislacion canónica.

2. Saben todos los romanistas que era una ignominia morir parte testado y parte intestado, locucion que no es muy gramatical; pero que descubre la razon por qué se tenía este aborrecimiento en aquel pueblo Rey. Entre otras muchas disposiciones vino á fijar la jurisprudencia la ley 1.ª ff. *de legatis* 2, y confirmaban más esta doctrina la 7.ª, párrafo 1.º, *de rebus dubiis*. En estas leyes se facultaba al testador para que pudiese cometer á un tercero la eleccion de la persona á quien se dejaba el legado ó fideicomiso; pero no que esto lo pudiera hacer arbitrariamente. En el primer caso, se suponia, y con razon, que el testador habia hecho reservadamente este encargo, no en el segundo, que no sería más que un acto voluntario del que habia recibido el poder.

3. Aplicándose en realidad estos principios en la legislacion española que por espacio de siglos fué puramente romana, tomó parte en su desenvolvimiento la Iglesia en todo lo que pudiera rozarse, especialmente con los actos piadosos y con el cumplimiento de las últimas voluntades. Los que quieran descubrir las causas de la inmensa riqueza adquirida por los cabildos y conventos, no sólo encontrarán los títulos de pertenencia en que tocó legítimamente á la Iglesia su parte de botin en la reconquista, porque los prelados llevaban sus huestes á la pelea por la patria y la religion, sino porque despues muchos hombres piadosos creyeron que debian fundar monasterios y dotarlos con ricas haciendas.

4. Al lado del derecho está siempre el abuso del mismo derecho. En los primitivos tiempos ilimitada fué la facultad de hacer donaciones de todo género á las casas piadosas directa ó indirectamente por medio de los comisarios. La misma curia romana quiso regularizar estos donativos, pero convirtiéndolos en provecho de esos mismos establecimientos. No podemos ménos de copiar lo que sobre el particular cita Sancho de Llamas al principio del comentario de la ley 32.ª: «El obispo Altisidorensi, que tenía privilegio pontificio para disponer de los bienes de los clérigos que morian *abintestato* en su diócesis, consultó al Papa si aquellos que cometian ó dejaban su última voluntad á disposicion de otro, se habian de reputar que morian *abintestato*, á cuya consulta respondió el Papa en estos términos: que aquel que su última voluntad la deja á disposicion de otro, no parece que muere intestado.»

5. En la exposicion que el Papa Inocencio IV hizo, como doctor particular de este capítulo, fué de dictámen que los bie-

nes de los que morian en el caso de la consulta debian invertirse en *obras pías*, cuya opinion han seguido constantemente los canonistas.

6. Hasta aquí el Sr. Sancho de Llamas, y tiene razon en encontrar en el derecho canónico el orígen de esa escuela que, bajo el nombre de *obras pías*, quiso que se acumularan las inmensas riquezas que pasaron á manos muertas. Ni lo aplaudimos, ni lo censuramos. En su sitio y lugar daremos nuestra opinion; pero en lo que concierne á la presente ley, diremos que en su publicacion presidió el pensamiento de poner límites á esas adquisiciones, y que si por derecho canónico se reconocia que los bienes de los que morian nombrando comisario con facultad de distribuir sus bienes, se invirtieran en fundaciones piadosas, los Reyes Católicos mandaron lo contrario en esa ley 32.ª Medida sábia y prudente que empezó á poner coto á las voluntades captatorias.

7. Empieza diciendo la ley que si el testador no hizo heredero, ni ménos facultó al comisario para que lo eligiese ni para ninguna otra cosa de las dichas en la ley anterior, sino solamente para que pueda hacer testamento por él, entónces las facultades de dicho comisario quedan reducidas á que *descargue la conciencia* del testador que le dió el poder, pagando sus deudas é cargas de servicio, é otras deudas semejantes, y mandar distribuir por su ánima la *quinta parte de sus bienes*, y que el remanente se parta entre los parientes que pudieren heredar *abintestato*. Cuando no hubiera parientes, prosigue la ley, despues de dar á la viuda lo que por derecho la corresponda, entónces se puede emplear el remanente en obras pías provechosas al ánima del testador. De modo que el legislador tomó un término medio. Cuando hay parientes, el comisario no puede desheredarlos ni dejar de entregar á la viuda lo que sea de derecho. Si no hubiera parientes dentro del décimo grado, que era el reconocido por las leyes de Partida, lo cual es muy difícil, entónces distribúyase la herencia.....¿en misas y sufragios? No, en obras de beneficencia, que son tan provechosas al alma, como no lo sean más que los responsos. Si hubiera herederos *abintestato*, el comisario podrá destinar nada más que la quinta parte del líquido de la herencia por el ánima del testador.

8. ¿Se empleará toda esta quinta parte en la sepultura y entierro del finado? Si la herencia fuera grande, el comisario no cumplirá con su deber si no distribuye ese quinto entre los pobres y la Iglesia. Así lo dicta la razon y así está mandado en

más de una disposicion canónica. La caridad es la virtud más grata á Dios, y nadie podria reconvenir al que así distribuyera los bienes de un poderoso.

9. Y bueno es advertir aquí, que el derecho de heredar los trasversales ha sufrido aquí alguna modificacion, y por consiguiente, la ley que estamos comentando. En 16 de Mayo de 1835 se promulgó una disposicion dando derecho de heredar al Estado, y lástima es que no hubiese restringido algo más la sucesion dejándola reducida á los parientes dentro del cuarto grado. Llamó en primer lugar á dichos parientes dentro del cuarto grado: despues á los hijos naturales legalmente reconocidos y sus descendientes respecto á la sucesion del padre y sin perjuicio del derecho preferente que tienen los mismos para suceder á la madre. Luego reconoció el legítimo derecho de la viuda, ó, mejor dicho, del cónyuge no separado por demanda de divorcio, y en último término á dichos parientes dentro del décimo grado. Con razon el Sr. Olózaga, en un excelente discurso que leyó siendo presidente de la Academia de Jurisprudencia de Madrid, censuraba la laxitud y benevolencia de la ley para personas que ni la remota idea tendrán en muchos casos de la existencia de ese parentesco. En este caso los pobres, y siempre los pobres, deberian ser los verdaderos herederos.

10. Claro es que el comisario hoy tiene que arreglar su conducta, no sólo á lo que dispone la ley 32.ª de Toro, sino á las prescripciones de la expresada ley de 16 de Mayo de 1835, y que cuando no haya parientes de cuarto grado, buscará los hijos naturales, y si no el cónyuge, al que no dará la cuarta marital, sino toda la herencia, segun se manda en la ley moderna. Despues á los otros parientes, si no hubiere viudo ni viuda.

11. Como el Estado es siempre absorbente, se ha querido suponer que nunca el comisario podrá disponer de más de la quinta parte, porque á falta de herederos dentro del décimo grado hereda la nacion. La duda quedará resuelta segun se conteste á la siguiente pregunta: ¿Muere abintestato el que da poder para testar? No; luego el estado no puede heredar, porque hay leyes que autorizan al comisario para que distribuya toda la herencia. Para nosotros la ley 32.ª de Toro está vigente en esta parte y no ha sido modificada por ninguna otra. Que ya sería conveniente variar la legislacion del abintestato en este punto y tambien la de las comisarías. Esta materia servirá á los futuros legisladores, no para conceder derechos á esos socialistas, que no tienen ningunos, sino para mejorar la condicion de

los menesterosos. No habiendo parientes de cuarto grado y no haciendo testamento, ó dejando comisario sin designarle heredero, y cuando no existiesen hijos naturales ni cónyuge, los pobres del lugar ó comarca debian ser los herederos.

12. Algun autor ha creido que el comisario tenía siempre obligacion de destinar el quinto para el ánima del testador. No es este el precepto de la ley. Faculta, pero no manda, y una cosa es poder y otra tener obligacion. *Pueda* dice el texto, y si el comisario creyera que destinando menor cantidad para sufragios habia cumplido con su deber, por nadie podria ser reconvenido.

13. Nos parece excusado examinar aquí si el comisario podrá disponer de ese quinto cuando hubiera parientes de la línea derecha. Aunque la ley 32.ª no distingue entre descendientes ó colaterales, hay otra ley posterior, que es la 36.ª, que se ocupa del caso concreto; y cuando á ella lleguemos, se verá que entónces las facultades del comisario son ningunas. Para no involucrar cuestiones, aplazamos el exámen de esas dudas para cuando lleguemos á dicha ley. Por el pronto, disentimos en un todo de lo que expone sobre el particular el Sr. Llamas de Molina, que cree que el comisario, con arreglo á esta ley, y teniendo descendientes ó ascendientes el testador, puede disponer del quinto. Si no existiera la ley 36.ª, que es verdaderamente aclaratoria de la 32.ª, podria sostenerse esa opinion; pero como luégo veremos, la ley 36.ª es más restrictiva, y despues de todo, no debemos olvidar que el quinto en muchas ocasiones es de grandísima importancia y no puede dejarse al arbitrio de un comisario, al que no dió facultades el testador para que distribuya á su antojo una riqueza de consideracion. Siempre volveremos los ojos al fideicomiso, al que puede acudir el que quiera que otro distribuya su herencia secretamente. Si en vez de hacer esto, simplemente nombra comisario, no podemos ampliar atribuciones que la ley no da. El derecho de los ascendientes y descendientes goza de tanto privilegio, que no creemos que por interpretacion se puede privar á los herederos forzosos del quinto, cuando el jefe de la familia no lo determinó así de un modo terminante y claro al elegir el comisario.

14. Y no basta acudir, como acude Llamas de Molina, á las leyes 3.ª y 4.ª, título 13.°, Partida VI y á la 7.ª y 12.ª de Toro. Respecto de las primeras, nos basta decir que nunca rigieron, porque la ley 1.ª, título 6.°, libro III del Fuero Real, llamaba solamente á los padres á la sucesion del hijo con exclu-

sion del hermano. La ley 7.ª de Toro vino á mandar esto mismo de un modo más categórico en los dos renglones que contiene: «El hermano para heredar abintestato á un hermano no puede concurrir con los padres ó ascendientes del difunto.» La maldita aficion al derecho Romano, dió lugar á que se aplicara el capítulo 2.º de la Novela 118, que fué la doctrina consignada en esas leyes de Partida ántes citadas.

15. Lo propio decimos de la ley 12.ª de Toro. Allí se trata del caso concreto de los derechos concedidos á los hijos naturales legitimados por rescripto del Príncipe. El legislador les daba preferencia sobre los ascendientes, que no quiso de manera alguna se equiparasen á los hijos de legítimo matrimonio nacidos. Cuando estos existen, la ley de Toro sólo concede al legitimado el derecho de suceder en la quinta parte de los bienes. Pero no entremos en mies ajena. Pacheco, comentando estas leyes á los folios 105 y 180 de su libro, facilita cuantas aclaraciones pudiéramos nosotros dar para entender en su verdadero sentido el texto de la presente ley 32.ª, caso de que lo dispuesto en las citadas leyes de Partida, y 7.ª y 12.ª de Toro, pudieran tener alguna analogía, que no la tienen, con las atribuciones concedidas vaga é indeterminadamente al comisario, que es el asunto que ahora nos preocupa.

16. Reconocemos que este es un punto que ha dividido á muchos jurisconsultos. Conforme á nuestro parecer, Tello y Gutierrez creen que cuando hay descendientes ó ascendientes no puede el comisario distribuir el quinto de los bienes del testador en beneficio de su alma. Antonio Gomez, Matienzo y Avendaño piensan de distinto modo; pero sus razones no destruyen la que es capital para nosotros. Si el mismo testador otorgando por sí propio el testamento no podia disponer más que de la quinta parte de los bienes teniendo hijos, y es necesario que esto lo haga de un modo expreso, ¿cómo quieren esos autores que al comisario le demos unas atribuciones que no le dió el testador? Reconocido el derecho de herencia forzosa, el comisario, cuando hay descendientes ó ascendientes, no es en realidad otra cosa que un verdadero albacea sin más atribuciones que las de pagar las deudas y atender al estricto cumplimiento de las verdaderas cargas piadosas de un modo prudente y en perfecta armonía con los herederos. Cuando entre éstos y aquél ha habido divergencias, las hemos resuelto en nuestra práctica á favor de los primeros. Su derecho es inconcuso, y el comisario no puede luchar con los hijos ó los padres del testa-

dor, siempre que éste no haya dicho que el comisario distribuya el quinto de sus bienes, porque en semejante caso no puede haber duda, y es preciso acatar y obedecer la voluntad del finado.

17. Tambien se han preocupado los autores sobre quiénes son los verdaderos pobres á quienes el comisario debe socorrer distribuyendo el quinto en los casos que marca la ley 32.ª Unos sostienen que estos pobres son los verdaderos mendicantes y que sólo deben ser favorecidos los del domicilio del testador. Otros sostienen que la palabra pobre es mucho más vaga é indeterminada y en ella hay necesidad de comprender á muchas y dignas personas, que son más desgraciadas que los que mendigan el sustento por las calles de la villa. Otros, en fin, creen que el comisario no sólo debe distribuir los bienes entre los pobres del domicilio del testador, sino socorrer igualmente á los de los pueblos donde tuviera bienes el finado, donde hubiese vivido mucho tiempo y á los de aquel sitio donde hubiere nacido.

18. Nuestra opinion y nuestro consejo han sido siempre que las facultades del comisario en esta materia eran ilimitadas cuando el testador no dió instrucciones. El objeto benéfico se consigue haciendo la caridad en cualquiera parte, y lo racional y prudente es, que se atienda en primer lugar á los pobres del pueblo donde vivió el testador y áun á los del mismo barrio donde habitó, si los bienes que se han de distribuir son de corta importancia. Cuando la limosna asciende á miles de duros, ya pueden los comisarios extender su mano benéfica á otros pobres, que hasta quizá sean parientes del testador ó le hayan visto nacer. España puede decir con orgullo que en pocos pueblos del mundo se ha ejercido tanto la caridad como en este suelo. ¡Ojala que la multitud de establecimientos benéficos, que el espíritu religioso fundó, hubieran tenido más sólidas bases con que resistir á la piqueta revolucionaria! Hoy con dolor vemos la próxima desaparicion de tanto hospital y tanta casa de maternidad, ó que subsistiran pobremente con la mezquina asignacion del presupuesto. Cuando vuelva á vivificarse el principio religioso, que se vivificará, á pesar de los anuncios de esa filosofía pedantesca de los presentes tiempos, entónces los poderosos de la tierra podrán dedicar sus capitales á establecimientos independientes del Estado, que siempre se ha querido entrometer en los manejos de estos asuntos. Los gobiernos han sido en todo tiempo absorbentes. ¡Cuántas fundaciones piadosas hemos visto de hom-

bres eminentemente religiosos que mandan que no se mezcle ninguna autoridad civil ni eclesiástica en el manejo del establecimiento que crean; y que si lo hiciesen desde luego dan por nula y de ningun valor dicha fundacion! Cláusulas tan expresivas no han bastado para impedir que la mano del fisco arrebatara la riqueza de los pobres y la tirara por la ventana. En esto sí que debia ocuparse la verdadera representacion nacional. La manera de matar á las escuelas socialistas es la de dar á los pobres lo que verdaderamente les da la religion, y todo lo que es caridad es patrimonio exclusivo del indigente.

LEY TRIGÉSIMATERCERA.

(L. 3.ª, tít. 19.º, lib. X, Nov. Rec.)

«El comisario, para hacer testamento ó mandas, ó para declarar por virtud del poder que tiene lo que ha de facer de los bienes del testador, no tenga más término de cuatro meses, si estaba al tiempo que se le dió el poder en la ciudad ó villa ó lugar donde se le dió el poder, y si al dicho tiempo estaba ausente, pero dentro de estos nuestros reinos, no tenga ni dure su poder más de seis meses, é si estuviere fuera de los dichos reinos al dicho tiempo tenga término de un año é no más. E pasados los dichos términos no pueda más hacer que si el poder no le fuere dado, é vengan los dichos bienes á los que los habian de haber, muriendo el testador *abintestato*, los cuales términos mandamos que corran al tal comisario, aunque diga ó alegue que nunca vino á su noticia que el tal poder le habia dado. Pero lo que el testador le mandó señalada é determinadamente señalando la persona del heredero, ó señalando cierta cosa que habia de hacer el tal commisario, mandamos que en tal caso el commisario sea obligado á lo facer; y si pasado dicho término no lo ficiere, que sea habido como si el tal commisario lo ficiese ó declarase.»

COMENTARIO.

1. Cuanto más se estudian las leyes que tratan del comisariato testamentario, más se comprende el temor que en otros tiempos hubo de lo expuesta que era esta institucion al abuso. El legislador, que no se atrevia á destruir esta costumbre de encomendar á un tercero uno de los actos más solemnes de la vida, procuraba por todos los medios restringir sus facultades,

y naturalmente se habia de fijar en el término que pudiera durar el mandato. Prueba evidente de que habia divergencia de pareceres sobre el particular, y no podia permitirse que indefinidamente durase el derecho de testar por otro, quedando en incierto el dominio de los bienes del finado.

2. Este es el único y exclusivo objeto de esta ley. En los antiguos códigos no se encontraba nada que hiciera siquiera alusion á este punto. Los comisarios cumplian ó no cumplian con su mision y de aquí pleitos y abusos sin cuento. Desde la promulgacion de dicha ley este era un extremo resuelto. El comisario que se encontrara en el pueblo donde hubiese fallecido el poderdante, debia otorgar el testamento en el término de cuatro meses. Si viviera ó se encontrase en cualquier villa ó lugar de estos reinos, gozaría del plazo de seis meses para desempeñar su cometido. Si se hallára en el extranjero podria dilatar la extension de la última voluntad de su amigo por el término de un año.

3. Todos estos términos son fatales y el que los dejare pasar concluye con su mision como si hubiera renunciado el encargo que se le dió.

4. Atendida la naturaleza del acto, es incuestionable que el comisario puede decir clara y solemnemente que no quiere otorgar testamento, ó dejar pasar el tiempo; porque así como el mandatario puede renunciar el poder, que sin su anuencia y consentimiento se le otorga para que haga alguna cosa, con más motivo se puede rechazar el desempeño de una comision tan grave como es la de testar á nombre de otro.

5. Si hoy se hiciera un código civil, y se creyera que era útil y conveniente la subsistencia de los comisarios, á los que nosotros no tenemos la mayor aficion, el término que se les concediera sería mucho más corto, especialmente para los que estuvieran ausentes, porque hoy en Europa no hay distancias, circunstancia que no se ha tenido presente en muchas leyes modernas, cuando es sabido que la sociedad en general aborrece á la curia por dos razones que tienen mucho peso, á saber: que los pleitos son largos y que cuestan mucho dinero.

6. Y siendo fatal el término, consecuencia forzosa es, que no se conceda restitucion, aunque el comisario fuere de menor edad, de cuya circunstancia se desprende otra duda mayor, cual es, si se puede nombrar comisario al menor de veinticinco años, supuesto que á los catorce se puede otorgar testamento. Como no hay paridad en los casos, nuestra opinion es entera-

mente contraria. Para el acto más sencillo de la vida no se puede dar poder á quien no tenga veinticinco años, porque si para sus asuntos propios se necesita de la ayuda de tutor ó curador, cuando no se llega á esa edad, sería una anomalía muy grande que para desempeñar los ajenos bastara la edad de veinte años. No hemos tenido en la práctica ningun ejemplar de esta especie, porque sin duda alguna todo el que nombra comisario procura buscar una persona de edad provecta y para ello contribuirán tambien los notarios ante quienes se otorgan dichos instrumentos. El acto personalísimo de poder otorgar testamento propio no habilita ciertamente al menor para que ejerza actos civiles que son de la exclusiva competencia de los mayores de edad.

7. Al continuar estos comentarios nos propusimos principalmente, no sólo emitir nuestras opiniones con la suficiente claridad, sino huir de todas las cuestiones que consideramos ociosas. De esta clase es la que han promovido los comentaristas sobre si muere ó no abintestato aquel cuyo comisario no ha otorgado testamento. Si la ley dice que el poderdante *muere abintestato* si el comisario no cumple, ¿cómo pueden contrariarse sus preceptos? Si añade ademas que lo que hubiese mandado el testador eso se cumpla como si el tal comisario *lo ficiese ó declarase*, ¿cómo se puede interpretar ni entender de distinta manera lo que se preceptúa? No; cuando el mandato es genérico para otorgar testamento, y el comisario no lo ejecuta, el poderdante muere en realidad abintestato. Cuando designa el heredero ó hace legados, si el comisario no cumple, aquel heredero ó los legatarios no se ven privados de los derechos que el testador les otorgó, y el poder se reputa entónces última voluntad. Nos parecen estas explicaciones, fundadas en el texto de la ley, más claras que las sutiles concepciones de Palacios Ruvios, Matienzo, Avendaño y Llamas de Molina, que se devanan los sesos para poner acorde esta ley con otras del mismo código, especialmente la 36.ª, á la que luégo llegaremos.

8. Más racional es la duda del caso singular en que el testador hubiere facultado al comisario para mejorar á uno de sus hijos ó á uno de sus nietos. Tello, que era un gran romanista, dice: Que en el primer caso, y no habiendo elegido el comisario, ningun hijo se podrá considerar mejorado. No sucederá así en el segundo caso, porque segun la ley 77.ª §. Rogo ff *de legatis* 2, ya estaba hecha la mejora en favor de los nietos contra los hijos.

9. Nos adherimos en estos ejemplos á la opinion de Llamas de Molina, que defiende que ni en uno ni otro ejemplo existe la mejora, porque la indeterminacion con que habló el testador, no inclinándose á ninguno de sus hijos y nietos, no puede convertirse en provecho de unos contra los otros. Nuestro principio, ya sentado ántes, de que no puede haber privilegio ni mejora cuando no se establece de un modo claro, es aquí aplicable; y si el testador quiso favorecer á persona determinada, debió nombrarla. Si no lo hizo, no se puede acudir á congeturas cuando hasta el mismo comisario guardó silencio. Concluimos afirmando que en este caso no habrá mejora para ningun hijo, y ménos aún para los nietos. Con gusto recordaríamos al lector la doctrina del gran Papiniano, que no ha sido bien entendida. El caso que examina este profundo jurisconsulto es cuando hay algun motivo de predileccion, en cuyo caso quiere que el designado ó designados sean los favorecidos por el testador para que en ellos se distribuya el fideicomiso, cuya excepcion viene á confirmar la regla general que dejamos sentada.

LEY TRIGÉSIMACUARTA.

(L. 4.ª, TÍT. 19.º, LIB. X, NOV. REC.)

El comisario, por virtud del poder que tuviere para hacer testamento, no pueda revocar el testamento que el testador habia fecho, en todo, ni en parte, salvo si el testador especialmente le dió poder para ello.

COMENTARIO.

1. Aquí se confirman cuantas ideas expusimos en los primeros números explicando la ley anterior. A primera vista parece que nadie dará poder para testar teniendo hecho testamento. Si la causa de cometer á otro ese delicado encargo es para evitar morir *abintestato*, semejante suceso no ocurre cuando ya se ha hecho testamento, á no ser que se quiera revocar esa misma última voluntad por medio del comisario, lo cual se puede hacer porque así lo expresa la ley. Pero como ésta no se presume que haya dicho una tontería, es necesario rebuscar cuál es el fundamento de esa limitacion. Si en materia de últimas voluntades la posterior deroga las anteriores, parecia que el poder para otorgar testamento, extendido en un dia dadò, debia derogar los que hubiese otorgado el mismo testador, porque en el simple hecho de haber buscado á ese amigo para que ejecutara lo que él no podia ó no queria realizar, nò se contenia ninguna prohibicion de revocar los mismos testamentos que de antemano hubiese redactado el mismo autor.

2. Cabalmente esto es lo que no quiere la ley, lo que expresamente prohibe. Lo admite sólo cuando así lo exprese el poderdante. ¿Por qué el legislador es tan exigente? ¿Por qué no se concede al comisario la misma facultad que tiene el testador? Porque es peligroso, ó al ménos lo era en lo antiguo, ampliar las atribuciones de esos apoderados; porque se falsificaban mu-

chas últimas voluntades, y los criminales no se contenian por la existencia de verdaderas y legítimas escrituras testamentarias. La fe pública en aquellos tiempos no ofrecia las garantías que hoy. La legislacion moderna ha introducido reformas previsoras que, si no impiden en todos los casos la falsificacion, disminuye grandemente la ocasion de pecar y cometer crímenes de esta especie. Los protocolos son visitados á menudo, y la gran medida de dar parte los escribanos mensualmente á las Audiencias de los instrumentos que otorgan, quita hasta la posibilidad de extender en una fecha dada, un poder que no se otorgó ú otra escritura de esta especie.

3. No diremos que esté de más la limitacion cautelosa que vamos analizando; pero es lo cierto que ya es ménos temible que se falsifiquen poderes, para que un supuesto comisario deje sin efecto verdaderas y últimas voluntades. De todos modos sépase que, cuando no hay cláusula expresa revocatoria de anteriores disposiciones, estas valen, porque el poder para testar simplemente, no es extensivo segun la ley para revocar otros testamentos. Para ello es indispensable que haya *especialidad*, que así se diga por el testador.

4. Y dejamos á un lado la disputa de si la razon de la ley fué que como el poder no empieza á tener lugar sino despues de la muerte del que le otorga, el comisario no podia destruir lo que por la muerte del mismo testador habia adquirido estabilidad y firmeza. La observacion de Tello Hernandez es sutil é ingeniosa; pero no necesitamos alambicar tanto. Con decir que la ley ha querido restringir mucho las facultades de los comisarios, y que esto lo ha hecho con el laudable fin de que valgan las últimas voluntades propias y no las delegadas, queda explicado de un modo natural el principio filosófico de la ley, mayormente permitiendo el legislador que si quiere el testador revocar su testamento por medio de comisario, no tiene más que decirlo. El principio general es que el comisario no puede hacer otra cosa que aquello para que se le faculta en el poder especial y determinadamente; y si en él no se dice que puede revocar el testamento ó testamentos que hubiese hecho el poderdante, será inútil que lo ejecute, no sólo porque así lo dispone el legislador, sino porque es sospechoso el mandato para llenar un vacío que no existe. El comisariato se instituyó para que no hubiese muertos abintestato, y no acontece esto cuando existe testamento. Luego está bien decidido que, faltando el motivo, no haya lugar á la delegacion.

LEY TRIGÉSIMAQUINTA.

(L. 5.ª, TIT. 19.º, LIB. X, NOV. REC.)

El comisario no pueda revocar el testamento que obiere por virtud de su poder una vez hecho, ni pueda despues de lecho facer codicillo, aunque sea ad pias causas, aunque reserve en sí el poder para revocar ó para añadir, ó menguar, ó para facer codicilo ó declaracion alguna.

COMENTARIO.

1. Indudablemente debió ser un solo jurisconsulto el que redactó las leyes de Toro; su trabazon y enlace se descubren á la simple lectura y es de admirar la destreza con que atacaba las malas prácticas y las corruptelas introducidas por la pésima aplicacion del derecho romano. Desde que comenzamos á concertar las materias referentes al comisario, advertimos que el legislador no era muy aficionado á semejante apoderamiento, y á medida que hemos adelantado en este trabajo, hemos hecho ver que, siempre que se podian restringir sus facultades, lo hacía de un modo categórico y con palabras las más expresivas.

2. En la ley anterior se dejaba sin efecto el poder, si el testador habia otorgado anteriormente testamento, y nada hablaba de él en esa delegacion. En la presente va más adelante, limitando el mismo derecho del comisario. En el momento que cumplas con tu mision, en el instante que otorgares ese testamento del poderdante, has concluido tu encargo, no te es lícito revocar dicha última voluntad ni modificarla en ningun sentido. Eso lo puede hacer el interesado, porque la voluntad del hombre es ambulatoria hasta la muerte, pero el apoderado no

goza de esas prerogativas. Basta con que lo diga la ley, sin que haya necesidad de inquirir el motivo que hubo para establecer esa diferencia.

3. Naturalmente los autores quieren explicar la razon de la ley, y como es uso y costumbre, cada uno lo hace á su manera. Antonio Gomez está en oposicion con Tello Fernandez. El primero dice que dada una comision y cumplida, ha cesado el mandato. El segundo, más sutil, sostiene que siendo el testamento que hace el comisario verdaderamente del poderdante, muerto éste nadie puede variar aquella última voluntad. Nos parece que ambas opiniones se pueden conciliar explicando de un modo sencillo la existencia del comisario.

4. Se elige éste, porque la persona que le nombra no puede ó no quiere hacer testamento. Naturalmente da instrucciones á la persona que elige y en conciencia no puede separarse de ellas. Al otorgar el testamento se presume fundadamente que se arregla á ellas y que cumple con un sagrado deber. ¿Qué sucederia si luégo quisiera revocar esta última voluntad? Que cometia ó habia cometido el comisario un verdadero delito, ó al otorgar el primer testamento, porque no se habia ajustado á las prevenciones del testador, ó al revocarle por el segundo queriendo destruir lo que habia ejecutado concienzuda y legalmente. Esta es, sin duda, la razon de la ley. El comisario no procede nunca caprichosamente, porque tiene que seguir las inspiraciones del amigo, y no lo haria, si á su antojo otorgara hoy una última voluntad y la variara á los pocos dias.

5. Y si por error ó cualquier otra causa hubiese otorgado un testamento nulo, ¿podrá enmendar la falta y extender uno válido? Sin disputa alguna puede enmendar su falta, porque entónces no revoca un testamento, sino que le otorga verdaderamente, no habiendo hecho ántes nada legítimo. Supónese siempre que todo esto lo ejecutará dentro del término que fija la ley 33.ª, y no hay necesidad de buscar analogías de idénticas y parecidas disposiciones en el derecho romano. Los que quieran aparecer eruditos pueden, en efecto, consultar la ley 10.ª ff *de condiciaribus et de most.*, y el cap. 26 de *electione* in 6. Y llevando más adelante el prurito de concordarlo todo, examinar el núm. 38, cap. 4, lib. II de la obra del gran Molina, *De primog.*

6. Un escrúpulo nos queda, sin embargo, sobre el caso de subsanar el defecto el comisario, y es si podrá variar la esencia del testamento. En una práctica de treinta y cinco años ocurren

casos de toda especie. Un comisario otorgó testamento y no lo hizo con arreglo á la ley. Nuestro consejo fué que podia otorgar otro, dentro de los cuatro meses de la ley.

7. Nos preguntó el comisario si podia suprimir un fuerte legato que habia hecho en el primero, y le dijimos que no, porque sin duda alguna habria recibido esa recomendacion del testador. Aunque nos la negó, se sometió á nuestro dictámen y muchas veces nos dió las gracias porque evitamos una mala accion. La persona favorecida con el legado habia tenido íntimas relaciones con el que otorgó el poder y la supresion de la manda reconocia causas y disidencias con el comisario.

LEY TRIGÉSIMASEXTA.

(L. 3.ª, TÍT. 40, LIB. X, NOV. REC.)

Sucesion de los parientes del difunto cuando el comisario no formalice su testamento en el tiempo debido.

«Cuando el comisario no fizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador, porque pasó el tiempo, ó porque no quiso, ó porque se murió sin facerlo, los tales bienes vengan derechamente á los parientes del que le dió el poder que obiesen de heredar sus bienes abintestato, los cuales en caso que no sean fijos ni descendientes ó ascendientes legítimos, sean obligados á disponer de la quinta parte de los tales bienes por su ánima del testador; á lo cual si dentro del año contado dende la muerte del testador, no la cumpliere, mandamos que nuestras justicias les compelan á ello, ante los cuales lo puedan demandar, y sea parte para ello cualquiera del pueblo.

COMENTARIO.

1. El estudio de las leyes exige una gran paciencia y mucho análisis. El que lea la presente y la compare con la 32.ª, que no há mucho hemos comentado, creerá que ambas disponen una misma cosa, y no es así. En la primera se prevé el caso en que el comisario dispusiera del quinto, porque no se le hubieran dado otras atribuciones. Entónces el abintestato sería de todos los bienes ménos del quinto. Por esta ley, el abintestato sería universal y el legislador dispuso lo que se habia de hacer entónces. Si el finado dejó parientes de la línea derecha, es decir descendientes ó ascendientes, ellos serian los que arreglarian lo que se habia de ejecutar con el quinto. Si fueren colaterales

los herederos, otro sería el destino del quinto, el cual se habrá de distribuir en obras piadosas.

2. Y no es necesario quebrarse mucho la cabeza, ni acudir á Matienzo y Tello Fernandez para encontrar la razon de diferencia entre estos dos casos. Si los hijos y sus padres son herederos forzosos segun la ley 6.ª de Toro; si cuando éstos existen el testador no puede disponer en favor de extraños ó de su alma más que del quinto ó tercio de sus bienes, ¿cómo la ley, cuando el testador muere en realidad *abintestato*, porque el comisario no quiso hacer testamento, habia de imponer un gravámen que no destinó el testador para sufragios ú obras piadosas? Quedará esto al juicio y prudencia de los herederos, si son descendientes ó ascendientes, y se empleará el quinto cuando hayan de heredar colaterales. En la correspondiente nota insertaremos las leyes más modernas sobre el *abintestato*, que en rigor no hacen más que confirmar lo que dispone la ley 36.ª, en la cual domina la misma doctrina que en todas, queriendo destruir malas prácticas que daban lugar á que las autoridades, tanto civiles como eclesiásticas, se entrometiesen á manejar testamentarías y distribuir sus fondos.

3. Aunque está bien explícita la tendencia de la ley y su objeto principal, los abusos continuaron. Apoyados los tribunales eclesiásticos en la ley 28.ª del emperador Leon C. *de episcopis et clericis*, la cual está trascrita en la ley 7.ª, tít. 10.°, Partida VI, se entrometian en cuantos *abintestatos* ocurrian para reclamar el cumplimiento del empleo del quinto en las obras piadosas. Toda curia es siempre temible, pero la eclesiástica tuvo en algunos siglos una preponderancia avasalladora. El poder civil se defendia vergonzantemente, y eran inútiles sus prescripciones. Esas leyes de Toro, tan dignas de aplauso, no consiguieron su apetecido deseo, porque si bien mandaban á sus justicias, es decir, á los tribunales ordinarios, que las cumpliesen, los eclesiásticos reclamaban por medio de competencias, y siempre ó generalmente vencian en los siglos XVI, XVII y XVIII.

4. Siendo uno de los derechos más preciosos el de testar, profesamos desde nuestra más tierna juventud la opinion de que debia ser obligatorio hacer testamento, desconociendo en otro caso la aptitud para suceder los parientes trasversales áun dentro del cuarto grado. Nos repugna el *abintestato;* y cuando se viera que los bienes iban al fisco, habria buen cuidado de otorgar última voluntad. El que no tiene en el mundo afec-

ciones de ningun género, bien merece que herede el Estado.

5. Pero volviendo al texto de nuestra ley, es innegable que cuando el comisario no quiso ó no pudo hacer el testamento, los bienes se heredan por los parientes. Si son descendientes ó ascendientes, no tienen obligacion de emplear el quinto en sufragios. Si son colaterales tienen esta obligacion, porque así lo manda el legislador. La duda es si hoy se halla vigente esta parte de la ley. Determinadamente no se ha revocado su precepto. Nosotros diremos que la real pragmática, que es la ley siguiente, la 14.ª, tit. 20.°, lib. X, Nov. Rec., y el decreto de 16 de Mayo de 1835 han regularizado de un modo completo el *abintestato;* y siendo esto así, cuando muere un testador que nombró comisario, y éste no otorgó el testamento, en realidad entra la herencia en las condiciones de estas dos leyes, y los parientes cumplen con destinar una cantidad decente, segun las circunstancias del finado, para sufragios. La primera de dichas leyes está concebida en los siguientes términos: «D. Cárlos III, en el Pardo, por prag. de 2 de Febrero de 1766, publicada en Madrid en 6 del mismo.

6. »Inteligencia y observancia de la ley precedente, y entrega de los bienes del intestado á los parientes con la obligacion del funeral.

7. »Por quanto los jueces, así eclesiásticos como seculares, con abuso de lo dispuesto por la ley precedente, la extienden indebidamente á herederos que en ella se exceptuan, y casos de que no habla, con perjuicio de mis vasallos; quiero se observe dicha ley en todo lo por ella ordenado, y en la forma y manera que se halla prevenido, ciñéndose á lo literal y expreso de ella. Y mando que los bienes y herencias de los que mueren *abintestato* absolutamente se entreguen íntegros, sin deduccion alguna, á los parientes que deben heredarlos, segun el órden de suceder que disponen las leyes del reino; debiendo los referidos herederos hacer el entierro, exéquias, funerales y demas sufragios que se acostumbren en el país, con arreglo á la calidad, caudal y circunstancias del difunto, sobre que les encargo sus conciencias: y en el caso sólo de no cumplir con esta obligacion los herederos, se les compela á ello por sus propios jueces, sin que por dicha omision, y para el efecto referido, se mezcle ninguna justicia eclesiástica ni secular en hacer inventario de los bienes: todo lo qual se guarde y cumpla sin embargo de qualesquiera estilos, usos y costumbres contrarias, aunque sean inmemoriales, pues en caso necesario los derogo y anulo como

opuestos á razon y derecho, y se recopile esta ley entre las demas del reino.»

8. Preciso es convenir que desde la fecha de esta ley se mejoró mucho la administracion de justicia en los juicios universales de testamentaría, hubiera ó no comisarios, y las autoridades eclesiásticas dejaron á las civiles el pleno conocimiento de estos asuntos, hubiera ó no hubiera mandas piadosas, y debiera ó no debiera emplearse todo ó una parte del quinto por el ánima del testador.

9. Mas el estado es á su vez invasor y en algunos abintestatos se creia con derecho á heredar y los fiscales se entrometian en estos juicios. Para fijar los derechos de la nacion, se dió un decreto del que vamos á copiar una parte.

La ley de 16 de Mayo de 1835 contiene lo siguiente:—«A »falta de dichas personas (parientes dentro del cuarto grado), »sucederán con preferencia al Estado: 1.° Los hijos naturales le»galmente reconocidos, y sus descendientes por lo respectivo á »la sucesion del padre, y sin perjuicio del derecho preferente »que tienen los mismos para suceder á la madre. 2.° El cónyu»ge no separado por demanda de divorcio contestada al tiempo »del fallecimiento, entendiéndose que á su muerte deberán vol»ver los bienes raíces de abolengo á los colaterales. 3.° Los co»laterales desde el quinto hasta el décimo grado inclusive com»putados civilmente al tiempo de abrirse la sucesion.»

10. No se puede hacer mejor comentario de la ley 36.ª que el que resulta de las aclaraciones y reformas hechas por el legislador en las dos posteriores que hemos copiado. Aunque la de Toro no hablara expresamente del abintestato en general, lo cierto es que considera que este es el estado de una testamentaría en que, nombrando un comisario, no hizo testamento, en cuyo caso hay necesidad de llenar los preceptos contenidos en la pragmática de Cárlos III y en el decreto de la regencia de Doña Isabel II de 16 de Mayo de 1835.

11. Aún, sin embargo, queda en pié la duda siguiente: Se trata de una herencia pingüe y de un comisario que no hace testamento y que vienen á heredar los colaterales. ¿Tendrán éstos que destinar el quinto, aunque sea de millones, en beneficio del ánima del testador, como dice la ley 36.ª de Toro y á pesar de haber dicho Cárlos III en su pragmática que se entreguen los bienes sin deduccion alguna á los parientes, debiendo los herederos hacer el entierro, exequias, funerales y demas sufragios que se acostumbren en el país con arreglo á la calidad cau-

dal y circunstancias del difunto? ¿Se modifica por estas frases tan expresivas lo resuelto en la ley anterior, que es la de Toro? Somos enteramente de la opinion de Llamas de Molina y rotundamente resolvemos la duda, sosteniendo que hay necesidad de emplear el quinto en obras piadosas cuando vienen á heredar parientes colaterales, por no haber hecho testamento el comisario.

12. La ley de Toro así lo ordena y la pragmática no vino más que á dar fuerza á esa misma disposicion. Así lo dice Cárlos III en el encabezamiento de la ley y en varios pasajes. Si hubiera querido introducir esa novedad tan importante lo hubiese dicho claramente. Lo que quiso corregir fueron los abusos, las intrusiones de autoridades incompetentes, y más principalmente cuando habia herederos por línea derecha. A estos encargó que gastaran en sufragios lo que fuera de costumbre, pero sin ponerles tasas ni designarles cantidad, como venia sucediendo é interpretando mal la ley 36.ª de Toro. Pero cuando esos herederos eran los colaterales y el testador moria abintestato, porque su comisario no habia hecho el testamento, no la pragmática, sino la ley de Toro hay que aplicar, y en esta se dice que esos parientes destinen el quinto y el juez que entienda en ese juicio no cumplirá su deber si no manda, como la misma ley preceptúa, que se emplee el quinto en beneficio de los pobres y que esto lo pueda pedir cualquiera del pueblo.

13. Los derechos de la indigencia son muy grandes. La religion los protege, y cuando las leyes civiles los apadrinan, no hay más remedio que defenderlos. Las herencias para los colaterales son una especie de lotería, y esos premios tan inesperados deben tener todas las desmembraciones que dicte la razon. Destinar la quinta parte á objetos benéficos, aunque la herencia sea muy pingüe, no sufren con ello gran quebranto los que ni remotamente pensaron heredar y de los que no se acordó quizá una sola vez el testador, y á los que es muy posible no conociera ni supiera si existian.

14. Sépanlo, por consiguiente, todos los jueces de abintestatos de este género. Den las herencias á los parientes colaterales más propincuos; pero oblíguenlos á emplear el quinto en entierro y principalmente en distribuciones á los pobres.

15. Es natural que al estudiante sesudo le ocurra preguntar si esa regla debe ser general y comprender todos los casos de abintestato, haya ó no haya comisario. Nuestra contestacion deberia ser que sólo comentamos las leyes de Toro, y esa pre-

gunta se refiere á la sucesion general cuando el testador no quiso hacer testamento ni nombró comisario. Sin embargo, no tenemos inconveniente en decir que en este caso los parientes no pueden ser compelidos por el juez á que gasten el quinto por la sencilla razon de que no hay ley alguna que imponga este gravámen. Por más adictos que seamos á las restricciones de los derechos de los parientes colaterales, especialmente de los que están fuera del cuarto grado, cuando la ley no establece una regla general, no podemos imponer gravámenes que aquella no determinó, y ménos tratándose de gastos cuantiosos que más de una vez no se destinan á objetos benéficos.

16. Señalando otra ley el plazo de un año para que el comisario haga el testamento, naturalmente se habia de fijar en ésta un tiempo preciso para cumplir con la inversion del quinto. En ello no se hizo variacion alguna. La ley 6.ª, tít. 10.º, Part. VI habia mandado que los ejecutores testamentarios cumplieran la voluntad de los testadores en el término de un año, y que este plazo habia de empezar á correr desde el momento que se supo la muerte del testador, y segun algunos, desde la misma muerte. Sustituyéndose la autoridad á los comisarios, debe ésta compeler á los herederos á que inviertan el quinto en favor del ánima del finado, y quiere el legislador que si no cumplieran dentro del año, las justicias los obliguen, y concede el derecho de reclamar á cualquiera del pueblo.

17. En esta materia de plazos hay que tener presente lo que disponen las leyes fiscales sobre pago de los derechos á la Hacienda pública por herencias. Hasta las directas, ó sean las de hijos y padres, vienen gravándose por las leyes de presupuestos, y los partidores han de tener gran cuidado en no incurrir en las multas que imponen esas mismas leyes á las herencias que no se han partido en el plazo de un año.

18. Como en muchas ocasiones no puede esto verificarse cuando los bienes divisibles son de gran cuantía, ó hay intereses encontrados, se pide y se obtiene próroga por seis meses. Resolucion prudente y previsora para que no queden *pro indiviso* las herencias, y por consecuencia, en incierto el dominio de las cosas. Y si esto tienen que ejecutar los ascendientes y descendientes, mayor es la obligacion cuando el comisario ha de entregar los bienes á parientes trasversales.

LEY TRIGESIMASÉTIMA.

(L. 6.ª, TÍT. 19.°, LIB. X, NOV. REC.)

El comisario sólo puede disponer del quinto cuando el testador nombrase heredero.

Cuando el testador nombrada ó señaladamente fizo heredero é fecho dió poder á otro, que acabase por él su testamento, el tal comisario no pueda mandar despues de mandados los deudos y cargos de servicios del testador, más de la quinta parte de sus bienes del testador, y si más mandare, que no vala, salvo si el testador especialmente le dió el poder para más.

COMENTARIO.

1. Todas las leyes que se ocupan de las atribuciones del comisario tienden á coartar las facultades de éste dejándole reducido en muchos casos á un simple albacea. Ya hemos dicho en el comentario de otras leyes que hubiera sido mejor suprimir semejante institucion, que daba lugar á pleitos y reyertas. Tan partidarios como somos del fideicomiso, nos repugna aquel otro encargo que hoy está en poco uso. En los tiempos antiguos debia ser muy comun esta costumbre, porque no de otra manera se explica que el legislador tomara tantas precauciones y examinara casos tan diversos. Sin duda hubiera sido mejor cortar de raíz el mal suprimiendo el comisariato, y que el que no quiere hacer testamento, muera *abintestato*. Pero ya que no se ejecutó, analicemos cada caso aplicando los distintos preceptos de la ley.

2. La que ahora nos ocupa determina que si el testador eligió heredero y nombró ademas comisario, éste no pueda hacer otra cosa que pagar las deudas y disponer del quinto, á no ser que el mismo testador le diera mayores facultades. Todo esto entra en la jurisdiccion del fideicomiso.

3. Dispuestos los glosadores á desmenuzar los casos, la primera duda que les ha ocurrido es si siempre, y sean los here-

deros directos ó colaterales, podrán los comisarios distribuir el quinto. La ley no ha distinguido y el jurista no puede tampoco distinguir. El quinto es el verdadero patrimonio disponible del testador, cuando tiene descendientes, y el comisario que le representa no falta á su deber disponiendo de este mismo quinto.

4. Todo esto tiene limitacion, segun sea el caudal hereditario y con arreglo tambien á las explicaciones que el testador dé en su última voluntad, como ya hemos tenido ocasion de explicar comentando la ley 32.ª y alguna otra. Si el que eligiesè comisario, no dijese nada sobre la distribucion del quinto, y el caudal fuese extraordinario, los herederos están en el caso de defender que no puede dedicarse la quinta parte de esos mismos bienes, v. gr. dos, diez, veinte millones en sufragios por el alma. Si hubiera alguna indicacion en el testamento, entónces ya sería otra cosa, máxime cuando no hubiera más que herederos colaterales.

5. Nuestro parecer en todas las incidencias sobre el comisariato es restringir las atribuciones y facultades de este delegado, que no tendríamos inconveniente en suprimir castigando á los que tienen el abandono de no testar, que para nosotros es una de las primeras obligaciones del hombre y que descansa en uno de los más preciosos derechos de los que se derivan del de propiedad.

6. Creemos que no hay que hacer grandes explicaciones en el comentario de esta ley sobre las facultades del comisario, cuando el testador se las dió mayores que las de disponer del quinto ó el tercio no dejando herederos forzosos. Las últimas palabras del legislador no son susceptibles de interpretacion. «Salvo si el testador especialmente le dió el poder para más.»

7. Aquí se enlazan las atribuciones del comisario con las amplísimas que se pueden otorgar al heredero fideicomisario, porque este carácter tendrá verdaderamente la persona que se elija diciendo, que disponga de la herencia segun reservada y confiadamente se le tiene encargado. Es lo cierto que aquí la ley habla sólo del comisario y claro está que no por ese conducto se han de poder infringir otras leyes que limitan el derecho de testar cuando hubiese herederos directos, porque entónces ni los fideicomisarios, ni los que tienen el simple título de comisarios podrian hacer otra cosa más que aquello para que tenía autoridad el poderdante.

8. No creemos que pertenezca al comentario de esta ley resolver la duda de si, no habiendo continuado el comisario el

testamento que empezó el testador, estarán obligados los herederos colaterales á distribuir todo el quinto de los bienes en sufragios y obras piadosas. Ya hemos dicho nuestro sentir comentando la ley anterior y sobre la intervencion que en este punto deben tomar los tribunales en la distribucion de estas herencias. Cuando no hay testamento acabado, sea por incuria del testador, sea por desden y menosprecio del comisario, sobreviene el abintestato, y la autoridad judicial está en la obligacion de acudir á la morada del finado para poner á recaudo intereses que no se sabe á quién pertenecerán. Una experiencia de muchos años nos ha hecho lamentar la falta de cumplimiento de este precepto legal, porque son varios y de grandísima importancia los ejemplares que conocemos de haberse sustraido á mansalva cuantiosos intereses y desaparecido ademas verdaderos testamentos y memorias testamentarias con gran menoscabo de personas necesitadas é infelices favorecidas por el testador.

9. Bien reconocemos que en los momentos aflictivos de faltar una persona querida, no son aquellos instantes los más oportunos para presentarse la autoridad judicial; pero haciéndose las cosas con discrecion, no hay lugar á criticar lo que por otra parte no es más que el cumplimiento de un sagrado deber. Entre las murmuraciones más ó ménos fundadas y la impunidad de delitos, el juez no debe vacilar, y mucho ménos cuando haya datos de que el finado no testó ó que los herederos se hallan ausentes.

10. No se nos oculta que hay prevenciones justas contra la intervencion de la autoridad, no por lo que ella representa, sino por la desconfianza que inspiran, y algunas veces con razon, los dependientes de la justicia. En esto, en vez de progresar, hemos atrasado mucho, porque en los actos civiles no intervenian ni daban fe más que dignísimos notarios que tenian una posicion en el mundo y mucho que perder. Ahora actúan en los juzgados personas de ménos merecimientos; pero estas innovaciones no podrán ménos de desaparecer cuando la fiebre revolucionaria se acabe en materia de justicia.

11. Sirva todo lo dicho de verdadera ampliacion al comentario de la ley anterior y al del actual, considerando que el testador murió siempre respecto del quinto ó el tercio abintestato y que en todos los casos en que se considere que puede haber una herencia yacente, allí inmediatamente debe intervenir la mano judicial, porque ya de antiguo la ley y la razon consideraban como gran crímen la espoliacion de la herencia.

LEY TRIGÉSIMAOCTAVA.

(L. 7.ª, tít. 19.º, lib. X, Nov. Rec.)

A falta de alguno de dos ó más comisarios, quede el poder por entero al otro, y en caso de discordia entre ellos, se hará lo que se previene.

«Cuando el testador dejare dos ó más comisarios, si alguno ó algunos de ellos requeridos no quisieren ó no pudieren usar del dicho poder ó se muriesen, el poder quede por entero al otro, ó otros que quisieren ó pudieren usar del dicho poder; y en caso que los tales comisarios discordasen, cúmplase y ejecútese lo que mandare y declarase la mayor parte de ellos; y en caso que no haya mayor parte, y fuesen discordes, sean obligados á tomar por tercero al corregidor, ó asistente, ó gobernador, ó al alcalde mayor del lugar donde fuere el testador, y si no oviere corregidor, ni asistente, ni gobernador, ni alcalde mayor, que tomen al alcalde ordinario del dicho lugar por tercero; y si muchos alcaldes ordinarios oviere y no se concertasen los dichos comisarios cuál sea, en tal caso echen suertes, y el alcalde á quien cupiere la suerte se junte con ellos é lo que la mejor parte declarare ó mandare, que aquello se guarde y ejecute.»

COMENTARIO.

1. Sin duda alguna se le ocurrirá al estudioso preguntar si puede tener lugar algun suceso en que se haga aplicacion de esta ley, especialmente en que haya necesidad de acudir á la ley de las mayorías, y que en caso de discordia venga el juzgador á dirimir la contienda para otorgar el testamento á quien tal vez

no conoció. Por nuestra parte decimos que no conocemos ningun ejemplar de esa caprichosa eleccion de dos ó más comisarios, y que si habia costumbre en contrario cuando se promulgaron las leyes de Toro, hoy ha desaparecido completamente usanza tan extravagante, porque son rarísimos los casos de la eleccion del comisario, y cuando esto se verifica no se designa más que una persona.

2. Pero miéntras la ley se halle vigente, es preciso acatarla por si ocurriera el caso singular que marca de nombrarse dos ó más comisarios, de estar éstos en divergencia ó no querer alguno de ellos otorgar testamento. Entónces es necesario proceder por la decision de la mayoría; y cuando no la hubiere, implorar el auxilio del juez para que venga á dirimir la discordia.

3. En un nuevo código civil quedaria todo esto suprimido, porque desapareceria tambien la creacion de los comisarios. La testamentifaccion debe ser un acto personalísimo, y demasiada condescendencia es admitir el heredero fideicomisario para acallar escrúpulos de conciencia y que no salgan á la vergüenza pública las flaquezas y debilidades de la mísera humanidad.

LEY TRIGÉSIMANOVENA.

(L. 8.ª, TÍT. 19.º, LIB. X, NOV. REC.)

La solemnidad del poder para testar sea igual á la que se requiere en el testamento.

«En el poder que se diese al comisario para hacer todo lo susodicho ó parte de ello intervenga la solemnidad del escribano y testigos, que segun leyes de nuestros reinos ha de intervenir en los testamentos; y de otra manera no valan, ni hagan fee los dichos poderes.»

COMENTARIO.

1. El texto de la ley no necesita en realidad ninguna explicacion, porque su contenido es bien claro y explícito. El comisario no puede recibir ninguna mision como no se la otorgue el poder que tenga iguales solemnidades que los testamentos.

2. Todo esto quiere decir que el espíritu que domina en las leyes de Toro que hablan de comisariato, es restringir lo posible tales nombramientos, porque la verdad es que si la eleccion de un apoderado para testar descansaba principalmente en la desidia y abandono de no quererse ocupar de un asunto tan triste, en que necesariamente hay que pensar en la muerte, la ley vino á decir al otorgante: no basta que extiendas un poder sencillo, como si fuera para administrar una finca ó defender un pleito. Necesitas otorgar un instrumento público, igual, con las mismas solemnidades que el testamento.

3. El legislador ciertamente consiguió su objeto. Desde la promulgacion de las leyes de Toro la eleccion de los comisarios se fué disminuyendo mucho, y en el presente siglo son muy raros los otorgamientos de estos poderes.

4. Influyen para ello tres causas poderosas. Es la primera,

que á medida que se extiende la ilustracion y se generaliza la enseñanza de leer y escribir, no hay necesidad de acudir á un tercero cuando el individuo puede hacer por sí mismo las cosas que tanto le interesan. En los siglos medios era rarísima la persona que podia otorgar testamento escrito. Hoy son muchas estas últimas voluntades, y nuestra opinion se inclinaria á que se extendiera esta manera de trasmitir los bienes.

5. La segunda causa de la disminucion de los comisarios consiste, en que el fideicomisario es en realidad un apoderado con más ámplias facultades que el llamado comisario. Si á este pusieron cortapisas las leyes de Toro, de ninguna manera prohibieron se eligiera heredero fideicomisario al amigo íntimo, tal vez á la compañera de toda la vida, quizá á un pariente inmediato. El legislador no podia en esto limitar en nada la libre facultad de testar con encargos impuestos á ese heredero fideicomisario para que practicara lo que á su conciencia le encomendó el testador. Pero no ahondemos más esta materia, que podrá ser discutida ámpliamente en otro lugar. Sépase que la eleccion de herederos y comisarios ha influido no poco en la casi supresion total de los poderes que en lo antiguo se otorgaban á los comisarios.

6. Pero lo que realmente ha dado el golpe de gracia á la institucion que ahora nos ocupa, es la redaccion de *memorias testamentarias*. Desde el instante que el derecho no existe, que la costumbre ha introducido el medio, no sólo de dejar pingües y grandes legados en escritos simples firmados por el testador, sino hasta designar el heredero, siempre que de estos documentos se haga mérito en un testamento formado, y estando escritos, ó por lo ménos firmados por el testador, no hay necesidad de llamar á la puerta del vecino para que otorgue por nosotros testamento. La creacion de las memorias testamentarias, que es un equivalente á los testamentos ológrafos, evita que se tenga que acudir á terceras personas cuando el testador á sus solas puede escribir y disponer lo que le plazca con sólo otorgar un testamento sencillo, y el que se remita en todo á lo que aparezca escrito y dispuesto en un papel que se hallará en tal ó cual parte. Si esto ha sido un adelanto en nuestra legislacion, ó si se debe ó no regularizar por el poder público lo que la costumbre ha introducido en materia tan interesante, es punto que examinamos en otra parte, bastándonos aquí decir que hoy no habria ningun peligro en suprimir las comisarías para testar habiendo ya otros medios reconocidos por los tribu-

nales que reemplazan suficientemente ese antiguo método, que despues de todo no puede causar daño, porque si el poder para testar necesitaba por las leyes de Toro las mismas solemnidades que el testamento, y con cuyos requisitos se cortaron los males y abusos antiguos, hoy no habrá ningun notario medianamente ilustrado que no aconseje que ese poder para testar le convierta el otorgante en su verdadera y última voluntad, máxime cuando puede extender memorias testamentarias, y en último término elegir heredero fideicomisario, que es el último grado de la confianza.

7. No tiene, por lo tanto, objeto engolfarse en los casos prácticos que dieron lugar á disparidad de pareceres entre Antonio Gomez y Matienzo, haciéndose despues juez del palenque como siempre Sancho de Llamas. Decia Gomez: «Si el poderdante extendió ese poder nuncupativamente, el comisario estará obligado á extender un testamento nuncupativo. Si, por el contrario, el testador da esos poderes en un instrumento público y cerrado, el comisario tendrá que otorgar tambien un testamento escrito.»

8. Matienzo, por el contrario, sostiene en la glosa primera de esta ley, que el comisario puede adoptar el medio que le pareciere más oportuno, ya sea testando nuncupativamente, ya otorgando testamento escrito, porque si el testador puede revocar su última voluntad, aunque sea escrita, llamando á tres testigos y el escribano, lo propio puede hacer el comisario, que en rigor no hace con el otorgamiento del testamento escrito ó nuncupativo más que llevar á debida ejecucion lo que le preceptuó su poderdante.

9. De la misma especie es la duda que se le ocurre á Sancho de Llamas, sobre si el ciego que no puede otorgar testamento sino ante cinco testigos será necesario, no sólo que en los poderes para testar dados por el ciego intervengan cinco testigos, sino que ademas el testamento que hiciera el comisario debia ser con ese mismo número de testigos, y por el contrario, cuando el testador tenía vista y el comisario la pierde, no á la situacion de éste, sino á la que tenía aquél se debe atender para el cumplimiento de solemnidades.

10. Tenemos la desgracia de disentir completamente de estas opiniones, porque nuestro parecer ha sido siempre que las leyes se han de entender y explicar natural y sencillamente. Se comprende muy bien, que el testador verdadero prefiera la reserva y otorgue testamento cerrado y áun poder para testar

en este sentido. No se halla en el mismo caso el comisario, porque su testamento habia que abrirlo inmediatamente ó en el breve término que fija otra ley de Toro. ¿Para qué pues este aumento de solemnidades? Si el testamento nuncupativo es legal y hasta hay la ventaja en este caso de consultar al otorgante, ¿para qué hacer ese cierre y llamar á siete testigos y poner ese signo del escribano, lo cual no habia de producir más que mayores gastos y ninguna utilidad? Nos inclinamos por consiguiente á la opinion de Matienzo en este punto, contra lo que dice Antonio Gomez.

11. Y sobre el testamento del ciego tiene aplicacion la misma teoría. En buen hora que el ciego que quiera otorgar poder para testar, tenga necesidad de sujetarse á las reglas y preceptos establecidos para el testamento del mismo ciego; pero no se halla en este caso su comisario no padeciendo esa desgracia y puede muy bien cumplir con su cometido testando nuncupativamente. Por el contrario, si el poderdante no sufria esa enfermedad y sí el comisario, éste debe someterse á las prescripciones que la ley impone á los ciegos. ¿Cuál es el objeto á que tienden todas esas disposiciones reglamentarias y solemnidades exteriores? Que no se falsee la voluntad del testador y que se otorgue un documento auténtico. Pues esto se consigue, dada la legitimidad del poder para testar, con que el comisario ajuste su conducta á las condiciones del poder; pero como si él mismo tratara de otorgar testamento, ya abierto, ya cerrado, lo cual podria realizar atendidas las circunstancias de su persona.

12. Y no se replique, que segun esta teoría, podria facultarse al comisario militar para que otorgase testamento de esta especie prescindiendo de todo género de solemnidades. Los términos de comparacion no son exactos. El apoderado no se puede identificar tanto con el poderdante que de dos personas se haga una sola, extendiendo en favor de uno los privilegios de otro, lo cual no ha concedido jamas la ley, tratándose especialmente de derechos personales, en cuyo número se encuentra la concesion hecha á los militares para testar sin ninguna solemnidad. Lo que sí permite la ley es, que un militar en campaña dé poder hasta de palabra á un compañero de armas ó por un simple escrito para que por él se otorgue testamento y que éste le extienda en los mismos términos, porque en semejante caso la carencia de las solemnidades descansa en el mutuo privilegio que gozan apoderado y poderdante.

13. En resúmen, el jurista debe tener presente, que si bien

el legislador quiere que no se prescinda de las solemnidades, al trasmitir á otro la facultad de hacer testamento para que conste de una manera cierta y positiva la última voluntad del poderdante, no pensó jamas en imponer mayores obligaciones al comisario que las que exige para el testamento comun y ordinario. Y mucho ménos pueden pedirse requisitos minuciosos estrechándose más y más las atribuciones del comisario cuándo en la ley que se comenta y en las anteriores están mermadas las atribuciones del apoderado, porque real y positivamente la última voluntad no es lo que hace dicho comisário, sino poner en ejecucion lo que mandó y dispuso el mismo testador en el poder.

14. Si en algun tiempo pudo ser esta una cuestion interesante, porque eran muchos y de distinta índole los poderes para testar, hoy son pocos los casos que ocurren por las distintas mudanzas que ha sufrido la sociedad, ya en su modo de ser, ya en la facilidad de otorgar testamentos hasta las personas ménos peritas.

MAYORAZGOS.

LEY CUATRIGÉSIMA.

(L. 5.ª, TÍT. 7.° Y 17.°, LIB. V Y X, NOV. REC.)

«En la subcesion del mayoradgo, aunque el hijo mayor muera en vida del tenedor del mayoradgo ó de aquel á quien pertenesce, si el tal hijo mayor dejare hijo ó nieto ó descendiente legítimo, estos tales descendientes del hijo mayor por su órden prefieran al hijo segundo del dicho tenedor, ó de aquel á quien el dicho mayoradgo pertenesció. Lo cual, no solamente mandamos que se guarde é platique en la subcesion del mayoradgo á los descendientes, pero aun en la subcesion de los mayoradgos á los transversales. De manera que siempre el fijo é sus descendientes legítimos por su órden representan la persona de sus padres, aunque sus padres no hayan subcedido en dichos mayoradgos, salvo si otra cosa estuviese dispuesta por el que primeramente constituyó é ordenó el mayoradgo que en tal caso mandamos que se guarde la voluntad del que lo instituyó.»

LEY CUATRIGÉSIMAPRIMERA.

(L. 1.ª, TÍT. 7.° Y 17.°, LIB. V Y X. NOV. REC.)

«Mandamos que el mayoradgo se pueda probar por la escriptura de la institucion dél, con la escriptura de la licencia del Rey que la dió, seyendo tales las dichas escripturas que fagan fee, ó por testigos que depongan en la forma que el dere-

cho quiere del tenor de las dichas escripturas, é assí mesmo por costumbre inmemorial probada con las calidades, que concluyan los pasados haber tenido é poseido aquellos bienes por mayorazgo, es, á saber, que los hijos mayorazgos legítimos é sus descendientes subcedian en los dichos bienes por via de mayorazgo, caso que el tenedor dél dejase otro fijo ó fijos legitimos sin darles los que sucedian en el dicho mayorazgo alguna cosa ó equivalencia por subceder en él: é que los testigos sean de buena fama é digan que ansí lo vieron ellos pasar por tiempo de cuarenta años, é assí lo oyeron decir á sus mayores é ancianos que ellos siempre así lo vieran é oyeran, é nunca vieron ni oyeron decir lo contrario é que dello es pública voz é fama, é comun opinion entre los vecinos é moradores de la tierra.

LEY CUATRIGÉSIMASEGUNDA.

(L. 3.ª, TÍT. 7.°, LIB. V, Y L. 2.ª, TÍT. 17.°, LIB X. NOV. REC.)

Ordenamos é mandamos que la licencia del Rey para facer mayoradgo, proceda al hacer del mayoradgo; de manera que aunque el Rey dé licencia para facer mayoradgo, por virtud de la tal licencia no se confirme el mayoradgo, que de antes estuviere fecho, salvo si en la tal licencia expresamente se dijesse que aprobaba el mayoradgo que estaba fecho.

LEY CUATRIGÉSIMATERCERA.

(L. 2.ª, TÍT. 7.°, LIB. V, Y L. 3.ª, LIB. X, NOV. REC.)

Las licencias, que Nos avemos dado, ó diéremos de aquí adelante, ó los Reyes que despues de Nos vinieren para facer

mayoradgo, no espiren por muerte del Rey que las dió, aunque aquellos aquien se dieron no hayan usado dellas en vida del Rey que las concedió.

LEY CUATRIGÉSIMACUARTA.

(L. 4.ª, TÍT. 7.° Y 17.°, LIB. V Y X, NOV. REC.)

El que ficiere algun mayoradgo, aunque sea con autoridad nuestra, ó de los Reyes que de Nos viniesen, ora por via de contracto, ora en cualquier última voluntad, despues de fecho, puédalo revocar á su voluntad, salvo si el que lo ficiese por contracto entre vivos oviese entregado la possesion de la cosa ó cosas contenidas en el dicho mayoradgo á la persona en quien lo ficiese, ó á quien su poder oviese, ó le oviese entregado la escriptura dello ante escribano, ó si el dicho contracto de mayoradgo se oviese fecho por causa onerosa con otro tercero, así como por via de casamiento ó por otra causa semejante: que en estos casos mandamos que no se pueda revocar, salvo si en el poder de la licencia que el Rey le dio, estoviese cláusula para que despues de fecho le pudiese revocar, ó que al tiempo que le fizo el que lo instituyó reservase en la misma escriptura que fizo del dicho mayoradgo el poder para lo revocar que en estos casos mandamos que despues de fecho lo pueda revocar.

LEY CUATRIGÉSIMAQUINTA.

(L. 8.ª, TÍT. 7.°, LIB. V, Y L. 1.ª, TÍT. 24, LIB. XI, NOV. REC.)

Mandamos que las cosas que son de mayoradgo agora sean villas ó fortalezas ó de cualquier calidad que sean, muerto el

tenedor del mayoradgo, luego sin otro acto de aprehension de posesion, se transpase la posesion civil é natural en el siguiente en grado, que segun la disposicion del mayoradgo debiese subceder en él, aunque haya otro tomado la posesion dellas en vida del tenedor del mayoradgo, ó el muerto, ó el dicho tenedor la haya dado la posesion dellas.

LEY CUATRIGÉSIMASEXTA.

(L. 6.ª, TÍT. 7.º Y 17.º, LIB. V Y X, NOV. REC.)

Todas las fortalezas que de aquí en adelante se ficieren en las ciudades é villas é lugares é heredamientos de mayoradgo, é todas las cercas de las dichas ciudades é villas é lugares de mayoradgo, assi las que de aqui adelante se ficieren de nuevo como la que se reparare, ó mejorase en ellas, é assi mismo los edificios que de aqui adelante se ficieren en las casas de mayoradgo labrando ó separando ó rehedificando en ellas, sean assi de mayoradgo como lo son, ó fuesen las ciudades é villas é lugares é heredamientos é casas donde se labrasen: é mandamos que en todo ello suceda el que fuere llamado al mayoradgo con los vínculos é condiciones en el mayoradgo contenidas, sin que sea obligado á dar parte alguna de la estimacion, ó valor de los dichos edificios á las mujeres del que los fizo ni á sus fijos, ni á sus herederos ni subcesores. Pero por esto no es nuestra intencion de dar licencia ni facultad, para que sin nuestra licencia, ó de los Reyes que de Nos vinieren se puedan hacer, ó separar de dichas cercas é fortalezas mas que sobre esta se guarden las leyes de nuestros reinos como en ellas se contiene.

COMENTARIO.

1. Hemos agrupado estas siete leyes por distintas razones. La principal es porque hace más de treinta años que están de-

rogadas, y su aplicacion no tenía lugar más que en casos dados, con especialidad en los últimos años en que ya vivian pocos de los poseedores anteriores al 30 de Agosto de 1836. Sin embargo, los tribunales tenian que estudiarlas y los juristas defender los derechos de los inmediatos sucesores á los que la ley de 11 de Octubre de 1820 reservaba la mitad de los bienes del vínculo y todas las dignidades y títulos que aún están amayorazgados.

2. Cuando llegamos á estas famosas siete leyes, que tantas veces hemos tenido que comentar y discutir en el foro, nos asaltó la duda de si deberíamos ser concisos al hablar y tratar de esa célebre institucion vincular que ha desaparecido para nunca volver, al ménos en la forma que la hemos conocido. Si en esta obra se tratara únicamente de las leyes que están hoy vigentes, los comentarios de muchas de ellas habria que suprimirlos. Pero para nosotros la legislacion de Toro es un monumento de sabiduría, y bien merece que el jurista diga todo lo que se le ofrezca y parezca, no sólo sobre lo que aún es aplicable á los casos que ocurran, sino lo que sirvió de pauta á los tribunales para declarar derechos y adjudicar cuantiosos bienes que formaron el patrimonio de las clases más afortunadas de la sociedad.

3. No tenemos la pretension de decir nada nuevo en materia de mayorazgos, rica mina que explotaron durante cuatro siglos los jurisconsultos españoles; pero permitido nos será emitir nuestro juicio en esta materia árida y escabrosa á que hemos dedicado cuarenta años de vigilias por la inmerecida fortuna de haber defendido en ese largo período á muchas de las principales familias de la nobleza, obteniendo triunfos repetidos en favor de nuestros clientes.

4. El comentario de esas siete leyes vinculares ha dado orígen á infinitas obras y á la impresion de cientos de volúmenes, desde el infolio hasta pequeñas Memorias en octavo. Arrojaria el lector este libro si nos propusiéramos escribir aquí un tratado de mayorazgos. Aunque estuviera vigente esa institucion, no lo haríamos, porque la materia, no sólo es poco entretenida, sino porque en muchos casos habria que imitar á esos mismos glosadores que se entregaron á su fantasía y no influyeron poco en adulterar esa misma institucion que tenía no pocos inconvenientes. Pero por lo mismo que se trata de una clase poderosa, que ejerció el mayor influjo por espacio de seis siglos, no estará de más suministrar datos y noticias á los que

hayan de escribir las historias política y económica de España, las cuales ni siquiera están iniciadas en los que narran hechos y batallas á monton y no se cuidan de escudriñar cómo se crearon esos altos poderes del Estado, cómo vivieron esas clases acomodadas, cuál fué su orígen, sus vicisitudes, su decadencia y ruina. Al emitir nuestro parecer no vamos á recordar más que nuestras antiguas opiniones.

5. Trazar á grandes rasgos lo poco que sabemos de la aristocracia de España, será el objeto del comentario de esas siete leyes, y nos daremos por satisfechos si al concluir esta materia, el lector no abandona con tédio nuestro libro. Si nos es posible amenizaremos nuestro trabajo copiando algunas lacónicas historias que hemos escrito é impreso en papeles en derecho que con gran ansiedad se han buscado por el público.

HISTORIA DE LOS MAYORAZGOS.

1. Esa sola palabra ha prestado materia á los más insignes jurisconsultos é historiadores para escribir extensas disertaciones sobre su orígen. El que ame la erudicion y tenga paciencia y tiempo, puede consultar entre otros á los respetables autores siguientes: el primero sobre todos, al gran Molina, en su tratado de primogénitos, cap. XIII, lib. I, y principalmente en el prólogo números 14 y siguientes; á Rojas de Almansa, disputacion primera de su tratado de incompatibilidades; á Castro en sus discursos sobre las leyes, tomo III, discurso primero, division segunda; al severo Marina en su ensayo crítico, folio 53, y á Gonzalez Tellez en su tratado de feudos, cap. II.

2. Si se quiere un caso más práctico, puede consultarse un folleto que escribió en los últimos años de su vida el gran abogado D. Manuel María Cambronero con el título de institucion de los mayorazgos, y cuya creacion la remonta nada ménos que á Doña Urenda, mujer de D. Pelayo.

3. Hacemos caso omiso de otros muchos comentaristas, cuya mayor parte merecen el título de *ramplones*, y que disputan á sus anchas sobre si el mayorazgo procede del feudo, ó del fideicomiso, ó si se remonta á la primogenitura de Cain. Los hombres serios no deben detenerse nunca en discusiones de esta especie, sino en estudiar los hechos filosóficamente, no olvidando las pasiones de la humanidad.

4. Es innegable que lo primero es siempre lo primero, y en este concepto el primer hijo se lleva por lo general las aten-

ciones de sus padres. De aquí la primogenitura, señal de distincion en los pueblos más antiguos, aunque entónces valiera poco, supuesto que el célebre hebreo la vendió por un plato de lentejas. Si pues primogenitura significa primer nacido, y comparado con los nacidos, despues se llama *mayor* en todos los idiomas, de aquí que al primogénito, al mayor, se le llamara mayorazgo cuando á su favor se creaba una situacion distinta de sus hermanos y que al propio tiempo se diera el nombre de mayorazgo á la cosa, á los bienes y dignidades que formaban este patrimonio.

5. Pero es que ya se conocian otras instituciones semejantes, de donde sin duda trae orígen esa palabra creada en España. Aquel patriciado romano, que tantos dias de gloria dió á la república, señora del mundo, no hubiera podido subsistir sin el fideicomiso y sin que el derecho de primogenitura tuviera ciertas y determinadas condiciones de privilegio para heredar una buena parte de la fortuna paterna. Cuando empezaron esos fideicomisos, cómo y con qué condiciones se sucedia en ellos, qué derechos correspondian á los demas hijos, cuáles eran las condiciones que debian cumplir los poseedores, son puntos que no se aprenden fácilmente y que el que quiera estudiarlos puede consultar al gran Cardenal de Luca en su obra lata de *Fideicomisis*, y especialmente en el discurso 202, que trata de los feudos.

6. No se puede negar la paternidad de esa institucion al pueblo Rey, por más que luégo las naciones que destruyeron aquel imperio, á imitacion suya, y usando del derecho de conquista, crearan á favor de sus guerreros el *feudo*, que como institucion de pueblos bárbaros é ignorantes en sumo grado fué el modelo de la opresion más despótica. Establecido en la Galia por los francos á fines del siglo IV ó tuviera su cuna en Italia oprimida por los longobardos, es lo cierto que el feudalismo es una creacion de los pueblos del Norte, que esta España tan atrasada siempre repugnó, porque la fiereza de sus habitantes no consintió buenamente tanta opresion y tiranía.

7. Y no somos nosotros los que negamos de un modo rotundo, como lo hace más de un autor de nota, que no hubo en España feudos. Para sostener esto sería necesario borrar, no sólo lo que dicen los primitivos códigos, sino lo que está escrito en el título 26.º de la Partida IV y muy particularmente en la ley 2.ª del expresado título. Lo que sí sostenemos es, que esos feudos no se parecieron á los que registra la historia de

los demas pueblos de Europa. Tenian los señores feudales dignidad y jurisdiccion y prerrogativas y prestaciones, algunas humillantes y no pocas opresivas rebajando algun tanto la dignidad humana; pero el vasallo español, el colono que tenía obligacion de acompañar á su señor á la guerra y prestarle otros muchos servicios, no fué nunca esclavo ni tenía los deberes que el aleman y el frances y las gentes de otras tierras del Norte, verdaderos esclavos de los señores feudales. Y esta procedencia nos va á ocupar algunos instantes.

8. En jurisprudencia, como en historia, nos gusta examinar las cuestiones á grandes rasgos, no descendiendo á detalles, ni ménos buscando el orígen de cada suceso y del más pequeño incidente. Empeño inútil, que á nada conduce y en donde siempre hay el peligro de sostener opiniones erróneas elevando á la categoría de verdaderas hasta invenciones extravagantes.

9. Sin acudir á Ammiano Marcelino, ni á Tácito, ni á San Isidoro, ni á los pocos autores que pueden hablar de aquellos pueblos del Norte que acabaron con el Imperio romano, es un hecho evidente y notorio que aquellos bárbaros, marchando en columna cerrada, no tenian más habitacion que el campamento, ni más propiedad que la que llevaban consigo. Sin embargo, habia entre ellos clases, por la sencilla razon de que habia caudillos, que es en donde se ha de encontrar siempre el orígen de las distinciones. El aristócrata no nace como los hongos. Si en muchas ocasiones es la fuerza, el capricho, la baja adulacion ú otras malas pasiones las que sirven de cimiento para los honores y distinciones, lo general es que las familias encumbradas en cualquier país deban su nobleza á servicios prestados.

10. Aquellos Visigodos, que en último término se apoderaron de España y vivieron cinco siglos desde la derrota de Atila hasta la gran desgracia del rey D. Rodrigo, no sólo trajeron costumbres de la Escitia, ó si se quiere de la Escandinavia, sino que, á medida que se civilizaron mezclándose con los pueblos vencidos, adquirieron nuevos hábitos y nuevos modos de vivir. Si en la Península tambien habia familias distinguidas, porque estas distinciones las reconocia el derecho romano, no se quedarian atras los jefes militares que, al frente de sus huestes, no sólo destruyeron el poder romano, sino que tuvieron que expulsar á otras naciones, que ántes que ellos se habian apoderado de España.

11. Es inútil cansarse en recorrer esos sucesos históricos hablando de Suevos, Alanos y Francos, arrojados de la Península por los que en último término se llamaron Godos, ni tampoco hay para qué investigar cuántos eran los grados de esa nobleza, qué participacion se dió en las prerrogativas á los naturales del país, y cómo se ejercian esos privilegios. Tenemos dos fuentes más puras en donde se encuentran señales evidentes de los privilegios de esas clases sociales. En los Concilios toledanos tenía gran importancia ciertamente el poder de la Iglesia, pero no era menor el de los magnates; y para gozar de voz y voto era indispensable pertenecer á ciertas clases y tener ciertas dignidades. La otra era intervenir en la eleccion de monarca. Aunque muchas veces esta proclamacion se hiciera tumultuariamente, y más que elecciones fueran usurpaciones esos coronamientos, siempre habia que fingir que el pueblo, que los grandes dignatarios habian favorecido al elegido. No son de hoy las malas artes de los ambiciosos que se creen con derecho á gobernar las naciones.

12. ¿Se quiere encontrar el orígen del feudo y despues del mayorazgo en esa antigua manera de ser de los pueblos escandinavos, vestidos luégo con los usos y costumbres de las naciones conquistadas, en donde el patriciado tenía su asiento para intervenir en el municipio y hacer las elecciones populares? Quizá esta opinion podria defenderse mejor que otras, que dan distinta procedencia á esas instituciones de la Edad Media. A pesar de todo, en nuestros primeros códigos no se encuentran verdaderamente vestigios, y por eso, al examinar nuestra legislacion y explicar la vida de nuestros padres, la crítica racional aconseja que se tome como punto de partida la reconquista, porque verdaderamente en la rota de Guadalete perdimos patria, leyes y hasta costumbres. Y cuando poco á poco, y vueltos de su asombro, algunos nobles y de sangre real, acometieron la larga y dura tarea de recobrar lo perdido, la sociedad española empezó á vivir de distinta manera, creándolo todo. Por eso hemos dicho en más de un escrito que el mayorazgo de España habia nacido y su creacion era hija de la necesidad de la reconquista, porque sin el aliciente del premio, hubieran sido inútiles los esfuerzos del patriotismo. Por eso, aunque no seamos tan exagerados como el Dr. Cambronero, suponiendo que los vínculos existieron ya en los siglos VIII ó IX, sí diremos que desde allí se empezaron á conocer los grandes señoríos en Asturias y Galicia y tambien en Cataluña, puntos de donde se em-

pezaron á crear los dos grandes reinos de Aragon y Leon.

13. No se extendian fundaciones, no se llamaba mayorazgo este modo de heredar; pero en realidad el hijo primogénito se llevaba la mayor parte, cuando no el todo de los bienes raíces que habian constituido el patrimonio del padre. Costumbres son estas anteriores al siglo XIII, en que empezó á sonar en escrituras y otros instrumentos públicos la palabra mayorazgo.

14. Son pocas las casas de la antigua nobleza cuyos títulos no hayamos examinado habiendo estado á nuestra disposicion sus archivos. En ninguna hemos encontrado esos documentos que demuestran la existencia de la servidumbre. Aparte de la historia de las ilustres familias, que luégo reseñaremos para probar que los verdaderos mayorazgos no empezaron á crearse hasta el siglo XIII, si existieron familias ilustres y poderosas desde el principio de la reconquista. Entre otras nos permitimos citar á los esclarecidos condes de Santa Coloma. Hemos dicho más de una vez á nuestro respetable y querido amigo y cliente D. Juan Queralt, último conde de Santa Coloma, Marqués de Vallehermoso y otros títulos, que podríamos formar un árbol de su ilustre ascendencia hasta llegar á los abuelos que vivieron en el siglo IX y cuando no hacia mucho tiempo se habia perdido España. En la historia de Cataluña y Aragon, los Queralt fueron personajes distinguidos que dispusieron de gran fortuna; no habiendo decaido de su esplendor en los siguientes siglos de la reconquista.

15. ¿Fué el sosten de estas casas la verdadera existencia del mayorazgo con particularidad en Navarra, Aragon y Cataluña? No, porque en esos primitivos tiempos ni siquiera se conocia la palabra. Habia derechos de primogenitura, sucesion perpétua, adquisicion por el mayor de las dignidades del padre, mucho, en fin, de lo que luégo constituyó el verdadero mayorazgo; pero por entónces aquellas clases privilegiadas tenian su orígen en el feudalismo. En esa fecha remota no habia fronteras; por más que lo hayan sido siempre naturales los Pirineos. Navarra, Aragon y Cataluña tuvieron muchas cosas de comun con los pueblos que están á la otra parte del Pirineo. Despues de la irrupcion sarracena, la reconquista no la empezaron sólo por esa parte los habitantes de aquellos países. La guerra era de razas, y más aún religiosa, y los habitantes de la Galia tenian interes comun en alejar el peligro. Las crónicas de aquellos tiempos demuestran la uniformidad y casi semejanza de usos y costumbres que precisamente habian de crear la proxi-

midad y el comun peligro, circunstancias que en todos tiempos hacen milagros.

16. Teniendo presentes estos datos y lo que de sí arrojan los cronicones que mencionan los hechos ocurridos en los siglos IX, X y XI, y sin necesidad de recurrir al gran Zurita, ni á Blancas, ni al sesudo Abarca, puede asegurarse que por ese contacto, por esa confusion de intereses, los pueblos de España del Ebro allá admitieron entre otras instituciones de la Galia el feudalismo, aunque no fuera en su color más subido.

17. Como prueba patente y manifiesta nos permitiremos citar un solo ejemplo. Los mayorazgos en los países que formaron luego los poderosos reinos de Navarra y Aragon fueron en su mayor parte de agnacion rigurosa, que es la institucion que más se aproxima al sistema feudal.

18. Quizá se nos dirá que con lo expuesto hasta aquí no adelanta mucho la investigacion de cuándo y de qué manera se introdujeron los mayorazgos en España. Si todos los juristas é historiadores convienen en que por lo ménos desde D. Alfonso el Sabio la sucesion á la corona se hizo hereditaria, porque en la ley 2.ª, tít. 15.°, Part. II, se manda que el señorío del reino lo tuviere el hijo mayor sólo despues de la muerte de su padre, porque esta práctica la usaron siempre en todas las tierras del mundo, «do quiera que el señorío obieran por linage é mayormente en España,» claro es que desde esa fecha se reconocieron verdaderamente los mayorazgos y se empezaron á crear á imitacion de la corona, por más que no se usase de esa palabra, segun unos, hasta los tiempos de D. Enrique II, y suponiendo otros que ya se empleaba esa voz en los estatutos de la Orden de la Banda, creada en 1330 por D. Alfonso XI.

19. Empapándose en los acontecimientos ocurridos á mediados del siglo XIII, en que regia á España un verdadero filósofo, rodeado de los hombres de más saber de Europa, porque ésta era la córte del rey D. Alfonso, hijo de San Fernando, es natural se quisiera regularizar la clase que estaba inmediata al sólio, convirtiendo en institucion más tolerable el sistema feudal. Esta reforma es digna del gran rey, y por eso, despues de la promulgacion de las Partidas en 1263, vemos que ya se empiezan á crear verdaderos mayorazgos.

20. Aquí nos permitimos copiar dos ejemplos que cita Sancho de Llamas en la página 36 del tomo II de su obra. En 14 de Diciembre de 1291, estando el rey D. Sancho en la ciudad de Soria, concedió privilegio á D. Juan Mathe, su camarero mayor,

para que fundase *mayorazgo* de sus vasallos, castillos y heredamientos, cuyo privilegio ó licencia lo copia Zúñiga en el lugar correspondiente, y está concebido en estos términos: «Sepan cuantos, etc., como yo D. Sancho, etc., por hacer bien é merced á vos Juan Mathe, nuestro criado y nuestro camarero mayor, por cuanto nos pidió por merced que le ficiésemos sus bienes *mayorazgos*, é le diésemos licencia que él pudiese facer; é Nós habiendo voluntad de lo honrar é de lo ennoblecer, porque su casa quede siempre hecha é su nombre non se olvide nin se pierda, y por le é mandar muchos servicios leales y buenos que nos siempre fizo á Nós é á los Reyes onde nos venimos, é porque le sigue mucha pro é honra á Nós y á nuestros Reynos en facer que haya muchas casas de grandes omes, por ende Nós, como Rey y señor de nuestro real poderío facemos *mayorazgo* de todas las cosas de su morada, que él ha en la ciudad de Sevilla en la colacion de Santa María la Mayor, con la barrera y barrio que las dichas casas tienen, y con todas las franquezas y privilegios de mercedes que tiene de Nós y de todos los Reyes nuestros antecesores; y á vueltas de ellas facemos *mayorazgo* los sus castillos y heredamientos de Villalva, y Nogales, y Peñaflor, y Lapizar, y el Vado de las Estacas, é mas todos los otros lugares, etc.»

21. Lo mismo ejecutó su hijo el rey D. Fernando IV, quien hallándose en Valladolid en la era de 1334, que equivale al 1296 del Nacimiento, con consejo de su madre la reina doña María y del infante D. Enrique, su tio, por un privilegio sodado, concedió licencia y facultad á D. Alonso Martinez de Ribera, comendador mayor de la Orden de caballería de Santiago, cuarto nieto del Cid Rodrigo Diaz, para que en su *mayorazgo* y bienes, que descendian del honrado caballero el Cid, pudiera poner todas las condiciones, añadiendo é inmutando en su *mayorazgo* lo que quisiere, ó por bien tuviere, cuyo privilegio lo refiere el doctor D. Miguel de Portilla en su historia de Alcalá de Henares ó complutum, y á continuacion copia el testamento del referido D. Alonso Ribera, en que señala los bienes comprendidos en el *mayorazgo* y el órden que se habia de guardar en la sucesion; todo lo cual persuade hasta la evidencia que á fines del siglo XIII eran ya conocidos los mayorazgos, y se les daba el mismo nombre que ahora.

22. Léjos de nosotros la idea de sostener que hasta esa fecha de fines del siglo XIII no hubo mayorazgos. Ya hemos indicado en otro lugar que el feudalismo fué el verdadero padre de

la vinculacion, y que sin ella, sin el derecho de suceder el primogénito en la mayor parte de los bienes del padre, no hubiera habido *ricos homes*, sin cuyo auxilio hubiera sido imposible la reconquista que empezó en el siglo.

23. Esas familias esclarecidas tomaron una gran participacion en la gobernacion del Estado y en las contínuas guerras con los Agarenos. Como muestra nos vamos á permitir aquí reseñar la historia de cinco grandes casas. Este trabajo no lo hacemos hoy, lo imprimimos en una defensa legal del duque de Osuna en pleito célebre con su primo el duque de Uceda. En aquella fecha se nos pidió aquel libro por muchísimas personas, y no las pudimos complacer, porque sólo se tiraron ejemplares para los magistrados. Concluido y ganado aquel pleito, hoy puede hacerse vulgar la historia de las famosas casas de los Tellez Giron, Mendozas, Pimenteles, Zúñigas y Borjas. Y lo realizamos con tanto más gusto, cuanto en esas genealogías se descubre la paulatina marcha de la sociedad española en los siglos medios. Cuando un individuo de esas familias procedia á establecer de hecho la amortizacion de sus bienes, para que uno solo de sus descendientes disfrutara de aquella riqueza, el mismo fundador y sus antecesores habian venido utilizando de hecho, si no de derecho, los fueros de la primogenitura. Eran magnates y tenian predominio cerca de la persona del monarca, al que acompañaban saliendo de sus castillos y fortalezas para emprender las campañas, y esto no podia ejecutarse sin gozar de un nombre y contar con grandes elementos de riqueza. Estamos seguros que despues de haber recorrido el lector esas historias sacadas de las fuentes más puras, convendrá con nuestra opinion de que la nobleza de España no se formó en un dia ni por aluvion, y que si hubo donaciones escandalosas en los reinados de los Enriques y Juanes, por regla general la adquisicion de las ricas propiedades que á principios de este siglo gozaban los grandes, se fundaba en uno de los títulos más legítimos, cual era el de conquista, arrojando al árabe usurpador que los poseia.

24. Hoy que esa institucion ha venido á tierra, porque sin vinculacion no puede existir aristocracia, procedente es reunir apuntes para que el jurista y el historiador escriban en su dia la historia de esas clases privilegiadas que, segun el lenguaje moderno, tuvieron en opresion al mundo desde la caida del Imperio romano hasta la celebre Revolucion francesa del año 89. Segun nuestro criterio, esto no aconteció en España,

porque el despotismo feroz de los reyes no se desarrolló en esta tierra hasta que Cárlos V dió el golpe de gracia á la nobleza castellana en las Córtes de la Coruña, y hasta que sus sucesores la obligaron á residir en la córte abandonando sus moradas y convirtiéndose aquellos fieros aristócratas en humillados servidores que, á fuerza de bordados que lucian en los salones de los palacios, olvidaron las proezas de sus antepasados, como tambien olvidan hoy las ideas de igualdad y libertad los demagogos que visten esos trajes más arlequinescos hoy que cuando los introdujo en la Península la etiqueta de Luis XIV.

25. No sabemos en qué escrito hemos dicho que, al asistir á los funerales de la nobleza, necesario es hacer su biografía con severa imparcialidad, y por eso como ejemplo queremos hablar de los poseedores de las ilustres casas que hoy posee D. Mariano Tellez Giron, duque de Osuna. Si para formar esas crónicas hemos tenido que registrar los ricos archivos de esas renombradas familias, quisiéramos que secundaran nuestra misma idea los abogados de otras casas de grandes, sus contadores ó archiveros, para que en simples folletos trasmitieran á la posteridad el orígen y hechos, sin duda desconocidos, que constarán ciertamente en sus pergaminos. El amor á la ciencia y á la verdad nos obliga á dirigir esta súplica á los que todavía manejan y conservan esos ricos tesoros, que muy en breve han de convertirse, si Dios no lo remedia, en papeles de envolver.

26. Algun severo crítico nos censura la demasiada extension que damos en estos comentarios á los antecedentes de la creacion vincular, cuando cabalmente no hay necesidad de explicar esas mismas leyes por la sencilla razon de estar derogadas y únicamente debia ocuparnos la explicacion de las modernas, que han venido á ocupar su lugar creando nuevos derechos, que es lo que interesa al abogado práctico. Si esta fuera nuestra única mision, no hubiéramos escrito este libro, porque si muchas leyes de Toro están vigentes, la mayor parte han sufrido alteraciones y modificaciones y no pocas han sido derogadas. Los mayorazgos han representado un gran papel en la política y en la legislacion, y no nos arrepentimos de incluir en este trabajo las narraciones que aquí vamos á copiar.

HISTORIA DE LA CASA DE LOS GIRONES.

1. Sin dar preferencia á una línea sobre otra ni manifestar predileccion á ningun abuelo, naturalmente hay que ocuparse

de uno en primer lugar. Hablaremos, por lo tanto, segun el órden de adquisicion de las casas que posee el vástago de tantos aristócratas. Y como consecuencia se presenta á la memoria de cualquiera la casa de los Girones, que aparecen con celebridad en los remotos tiempos de D. Alfonso VI y á principios del siglo XI, aunque ya eran nombrados los individuos de esta familia en épocas anteriores. Tomaremos, sin embargo, un punto de partida y un personaje. Este será el insigne conde D. Rodrigo de Cisneros y el suceso de la batalla de la Sagra, de la cual hablan todas las historias, pero que ninguna describe con más elegancia que la del Dr. Gudiel. Es éste autor de un precioso libro, y no queremos dar como muestra sino el siguiente trozo, que habla de uno de los sucesos más dignos de estar esculpidos en bronce. Dice así:

2. «Porque tornando los moros del Andalucía, y los Almoravides (que señoreaban toda Africa, y habian entónces pasado á España, con la cual despues se alzaron) á entrar en el reino de Toledo: el rey, aunque viejo y cansado de muchos trabajos que en contínuas guerras habia padecido, de donde habia sacado mucha y perpétua gloria con solemnísimas victorias, queriendo animar á los suyos, que de la batalla de la Roda quedaron temerosos, salió á resistirles en persona cerca de la Sagra que dicen de Toledo: en cuyo servicio y socorro fué el conde don Rodrigo, como siempre lo tenía de costumbre. Pero siendo la voluntad de Dios (en cuya mano está la victoria y fin de todas las guerras), el rey fué vencido y el ejército desbaratado, y el desamparado de los suyos, y su caballo mortalmente herido de muchas lanzadas, y su persona á ventura de muerte ó prision. El conde, que siempre traia más cuidado del rey que de sí mismo, hallándose cerca, y viéndole en tan gran peligro, teniendo en poco el suyo, sirvióle con su caballo, quedando á pié en medio de los enemigos, haciéndoles tanta resistencia, que el rey pudo escapar vivo y sin prision de la batalla. El conde, *despues de haber cortado un pedazo ó giron hecho pliegues de las sobrevistas que el rey llevaba, cuando subió en su caballo, y metídole en su seno para memoria y señal de un fiel servicio*, se defendió tan animosamente de los moros, que, aunque con algun derramamiento de sangre de ambas partes, fué dellos recibido á prision, quedando con la vida. Acabada la batalla, y vueltos todos en sus tierras, teniendo el rey memoria de tan importante servicio, preguntó por aquel caballero, con voluntad de premiarlo, el cual, por estar armado aquel dia, no fué conocido. Y

como el conde D. Rodrigo quedase captivo en poder de los moros, y no pudiese responder por sí, un privado del rey quiso ganar las mercedes que el ajeno trabajo habia merecido, afirmando ser el author de tan leal servicio: y así ganó el premio, que con sola osadía de hablar quiso merecer. El conde, siendo libre de prision, venido delante del rey, pidió el galardon de su verdadero y fiel servicio, haciendo muestra (por haberse otro adelantado), del pedazo ó giron que habia guardado el dia de la rota, que aconteció en la Sagra, el cual vino muy al justo con lo que faltaba de la sobrevista que entónces el rey llevaba. Por lo cual, viéndose claramente *ser fingido lo pasado, muy verdadera la demanda del conde D. Rodrigo*, le otorgó el rey cualquiera merced que quisiere pedir. Pero él conde, mostrando él el valeroso ánimo de la ilustre sangre donde descendia, y el nuevo que criaba para sus descendientes, *no se embarazó en pedir riquezas, ni tierras, ni vasallos, con codicia de aumentar su estado; sólo hartó su pecho generoso con que el rey le concediese por nombre y divisa, la memoria é insignias del servicio que habia hecho á la vida y persona real.*»

3. Los grandes hechos los sintetiza siempre el pueblo en sus canciones populares, y la tradicion nos ha remitido los siguientes versos:

Fama en Cisneros pusistes
de leal generacion,
pues vuestro Rey socorristes,
cuando el caballo le distes,
y ganastes el Giron.

No será temeridad afirmar que los antecesores del conde don Rodrigo de Cisneros eran ya ilustres en los primitivos tiempos de la reconquista, y que sin duda alguna fueron de los caudillos que salieron de las montañas de Asturias para emprender esa larga empresa que duró más de siete siglos. Baste decir que dicho conde obtuvo la mano de la infanta doña Sancha, hija del Rey.

4. Pero por el pronto es cosa averiguada que el primer Giron fué un rico y poderoso señor que ayudó á uno de los Alfonsos más célebres, y le salvó la vida.

5. Sus descendientes llenaron las historias con heróicos hechos. Citaremos algunos. Un nieto de ese conde D. Rodrigo y sucesor de su casa, D. Rodrigo Gonzalez Giron, pereció en

la batalla de Alarcos, que se dió en tiempo de D. Alfonso VIII [1].

6. D. Gonzalo Ruiz Giron fué protector de la reina doña Berenguela, á quien quisieron quitar y quitaron la tutela del Rey D. Enrique los partidarios de su hermano D. Alvaro Nuñez de Lara, y cuyas intrigas destruyó completamente aquel famoso adalid, á quien le estaba reservado mayor porvenir.

7. A la muerte de D. Enrique I, la reina doña Berenguela le entregó á su hijo el infante D. Fernando, el cual fué proclamado Rey de Castilla en la villa de Otiella, y cuya proclamacion se hizo debajo de un olmo. Ese infante fué el Rey más grande de la antigüedad, y la Iglesia le canonizó por sus virtudes y merecimientos. En todas sus conquistas se hallaban presentes, no sólo ese D. Gonzalo Ruiz Giron, sino su hijo don Rodrigo, que asistió á la conquista de Murcia, recibió los alcázares de Sevilla y Carmona de los Moros y contribuyó á ganar la villa de Carmona.

8. En los años siguientes un nieto de éste pereció á manos de los árabes en las haldas de Mochin.

9. Los hombres grandes pululan en los grandes reinados. Uno de los capitanes más famosos de D. Alfonso XI, fué D. Gonzalo Ruiz Giron, quinto de este nombre, el cual tomó parte activa en la batalla del Salado, y contribuyó mucho á la conquista de Algeciras.

10. Los Girones fueron siempre galantes y sumisos á las damas. La desventurada Reyna doña Blanca encontró un protector en D. Alonso Tellez Giron, y por cuyos servicios murió á manos de D. Pedro el Cruel.

11. Tiempo es ya de llegar á los Girones de épocas más conocidas, ó sea á los siglos XV y XVI, en que se hicieron las grandes fundaciones de mayorazgos. Vivia en Andalucía á mediados del primero, el gran Maestre de Calatrava D. Pedro Giron, poseedor de la inmensa riqueza de sus antepasados y que habia recibido del Rey D. Enrique IV el título de frontero y capitan general contra el Reino de Granada [2].

12. Temerario en extremo, tuvo un duelo á muerte y mató en efecto al famoso moro Albayaldos [3].

13. A muy luego puso cerco á la famosa villa de Archidona,

[1] Catálogo de los obispos de Segovia.

[2] *Historia del Rey D. Enrique*, cap. XXXI.

[3] Romance castellano.

y la tomó por asalto, habiendo salido herido el maestre en la refriega [1].

14. Militaban á sus órdenes los capitanes Luis de Pernia, Diego de Fiqueredo, Pedro de Valdivia de Arjona y Pedro Lopez Pernia. A todos estos caudillos les habia dado D. Pedro Giron las alcaidías de sus villas de Osuna, Moron, Caralla, Olvera, Ortegicar y otras. Desde estos tiempos remotos aparece pertenecer á los Girones la gran riqueza que poseyeron en Andalucía por haber contribuido á la reconquista desde los tiempos del Rey D. Fernando el Santo y por haber sido fronteros del reino de Granada, cuyos habitantes todavía lucharon cerca de tres siglos hasta su total expulsion en tiempo de los Reyes Católicos.

15. Ese temible D. Pedro Giron, que no olvidaba llevar en sus venas sangre real como descendiente de doña Sancha, hija de Alfonso VI, aspiró á la mano de la infanta Isabel, hermana del Rey D. Enrique. Y lo hizo sin duda, no sólo por las altas prendas de aquella princesa insigne, sino porque tal vez tendria como otros el pensamiento de elevar al sólio á esa misma princesa como la elevaron guiados sin duda por patriotismo por la trama sutil de D. Fernando de Aragon con auxilio de los Mendozas, de que luégo hablaremos.

16. La historia de esta época célebre está llena de lunares. Grandes génios y profundos eruditos han querido descubrir los arcanos de la política en el último período del reinado de Enrique IV. Con avidez hemos registrado el archivo de la casa de Osuna para encontrar el rastro de la muerte repentina del gran maestre de Calatrava. Nada, absolutamente nada hemos leido de donde se pueda colegir que aquel personaje muriese de yerbas, como dice el padre Mariana. Lo cierto es que tan gran guerrero era un temible rival y ejercia grandísimo influjo en la gobernacion del Estado en los tiempos desordenados del débil Enrique IV. Las huestes que mandaba en Andalucía pesaban mucho al tomar una decision para proclamar reina, ya á la infanta Isabel, ya á la desgraciada princesa llamada la Beltraneja, que despues tuvo por asilo un convento.

17. Sería temeridad, sin tener para ello datos, afirmar que el gran maestre murió envenenado y que esta muerte la causó el que se casó luégo con la mujer más distinguida de la Historia. No puede echarse ese borron sobre el Rey Católico, porque lo probable es que el gran maestre falleciese de muerte natu-

[1] Historia de D. Diego Enrique del Castillo.

ral, aunque repentina. Aun siendo cierto el envenenamiento, quizá alguno de los muchos enemigos, que por su alta posicion tendria el gran maestre, le suministraria esas yerbas de que habla el padre Mariana. Cuando sucumbió D. Pedro Giron no era en realidad aspirante á la mano de la infanta Isabel D. Fernando de Aragon, ni aquella princesa tenía pretensiones al sólio de Castilla, porque vivia su hermano el infante D. Alfonso, al que favorecian los ricos homes que formaron la famosa liga contra los amigos de la Reina, capitaneados por D. Beltran de la Cueva, y de quien se decia ser hija la Infanta doña Juana, que estaba en la cuna. Cuando murió D. Alfonso y ocupó su lugar la Infanta doña Isabel su hermana, habia muerto el gran Maestre de Calatrava, que tenía mucha más edad que la doncella de estirpe real en quien puso los ojos. Fuera ó no envenenado D. Pedro Tellez Giron, su muerte no puede atribuirse con fundamento á ningun partido ni familia, porque no hay datos para ello.

18. Tampoco es del caso cuestionar aquí si el Maestre fundó ó no mayorazgo, lo cual ha sido objeto de extensas y largas discusiones en los pleitos de que luégo se hablará. Lo que sí consta, y es un hecho reconocido por todos, que su hijo D. Juan Tellez Giron fundó un gran vínculo de rigurosa agnacion.

19. De ese ilustre progenitor es undécimo nieto el actual duque de Osuna. En el mayorazgo se ha sucedido de varon en varon, como tambien tendremos ocasion de demostrar en adelante. Narrar los servicios prestados á la patria en los tres últimos siglos, por los que se llamaron condes de Ureña, marqueses de Peñafiel y duques de Osuna, muriendo unos en Flándes, y batallando en las grandes guerras de Cárlos V, Felipe II y Felipe III, nos convertiria en historiadores, y este trabajo no tiene tal objeto. Pero para concluir la reseña relativa á los Girones, permítasenos fijar un momento la vista en D. Pedro Tellez Giron, á quien en su desgracia se atrevió á llamar, y con razon, el impávido Quevedo el *gran duque de Osuna*. Aunque su vida está retratada en los versos de su cariñoso amigo, aún hemos de citar un documento importantísimo para la historia. Los hombres de letras conocen la poesía, pero bueno es hacerla vulgar. Dice así:

20. Memoria inmortal de D. Pedro Giron, duque de Osuna, muerto en la prision.

Faltar pudo su patria al grande Osuna,
Pero no á su defensa sus hazañas:

Diéronle muerte y cárcel las Españas,
De quien le hizo esclava la fortuna.
Lloraron sus envidias una á una
Con las propias naciones las extrañas:
Su tumba son de Flándes las campañas,
Y su epitafio la sangrienta luna.
En sus exequias encendió al beneficio
Parténope, y Trinacria al Mongivelo:
El llanto militar creció en diluvio:
Dióle el mejor lugar Marte en el cielo:
La Mora, el Rhin, el Tajo y el Danubio
Murmuran con dolor su desconsuelo.

No es posible pintar con más galanura la crítica que merecen los perseguidores de aquel célebre político y guerrero á la vez que con tanta honra de España sostuvo en un siglo de decadencia la bandera de su patria venciendo á los venecianos y sujetando á los muchos enemigos que tenía Castilla en Nápoles, Sicilia y Flándes.

21. No hay persona medianamente ilustrada que no haya leido la célebre obra publicada por los señores marqueses de Pidal y Miraflores compilando los documentos inéditos de esta parte de la historia del país. La correspondencia del duque de Osuna con Felipe III hace la apología de aquel hombre de Estado, y por sí solo demuestra con cuánta injusticia é iniquidad se le persiguió y procesó en pago de sus inmensos servicios. ¡Ah!

22. Si los excesos de una democracia, tan insolente como estúpida, nos hace abominar las turbaciones de los tiempos actuales, á los ojos del imparcial criterio no salen mejor libradas las monarquías sin freno que persiguen ó se olvidan de Colon y Hernan-Cortés, de Gonzalo de Córdova, del gran duque de Osuna y de D. Leopoldo O'Donnell. Todos estos héroes murieron en la desgracia, y los reyes herian en el corazon á la monarquía persiguiendo á sus más fieles servidores.

23. El gran duque de Osuna, preso en Pinto y la Alameda, falleció en unas casas que no existen en el apartado barrio llamado de Gilimon en Madrid, y por más diligencias que han hecho sus sucesores, no han podido dar con su cadáver, que debió ser depositado en el convento de San Felipe en Madrid, hasta que se verificase su traslacion al de Franciscos de Villalbin, término de Peñafiel, fundacion hecha por su madre doña Mariana de Velasco.

24. Para formar un concepto acabado de la historia y vicisitudes de persona tan distinguida, nos vamos á permitir copiar algunas cláusulas de su testamento *inédito*, que es conocido de pocos, y que retratan al vivo al tercer duque de Osuna, que al bajar al sepulcro protestaba de su inocencia y de la iniquidad de sus perseguidores. Esa última voluntad tiene la fecha de 19 de Setiembre de 1624, y este importantísimo documento se conserva original en el archivo de la casa.

Sus principales cláusulas son las siguientes:

25. «Item mando se digan tres mil misas en dicho convento (San Felipe de Madrid), por las personas á quien fuere encargo, y *por los que han sido contrarios mios, á los quales perdono de todo corazon*, y éstas sin las que tengo mandadas en dicho mi testamento.

26. »Y declaro, que yo *he servido á S. M. puniendo la vida en muchas ocasiones por defensa de la Christiandad, y he hecho todo cuanto he sabido y he podido, por lo qual tiene obligacion S. M. de premiar estos trabajos en mis hijos, y ansí lo suplico y que se sirva de mandar ver el proceso y pleito que está pendiente, y determinarlo para hacerles más merced y para que conste al mundo quán fiel he sido á mi Rey y Señor.*

27. »Item por quanto ya he suplicado á S. M. del Rey nuestro señor se sirva de mandar se vea luego mi pleito y causa para que conste de los servicios que á su real corona he hecho, y como tan christiano Rey premie los hechos y *deseo de servir á S. M. si tuviera muchos años de vida*, en mis hijos, y para que conste quáles son, los declaro al dicho marqués de Peñafiel y Antonia por mis hijos legítimos más queridos, y Pedro y Rodrigo, y Ana María, reconocidos por mí y de madres onrradas, y *la principal herencia que les dejo en el dicho premio* que la grandeza de S. M. prometo, y ansí suplico á su Real persona se sirva de que á él tengan derecho y parte en especial el dicho Pedro Giron que, á imitacion mia y de mis pasados, ha militado debajo de sus Reales banderas, ocupándole en el mismo ejercicio, al qual inclina su natural, y yo le he aconsejado emplee su vida en defensa de nuestra Santa Fé católica.»

Nos envanecemos con la publicacion de ese testamento.

28. La causa no se concluyó ni se sabe su paradero, aunque hemos oido que una persona ilustrada y curiosa tiene parte de este proceso. Murió el héroe perseguido, y ya no se acordaron de él sus enemigos ni se atrevieron á manchar su memoria. El Rey queria echarla de generoso accediendo á una indicacion

que hizo el testador. Resulta, en efecto, en la casa, y tambien en la historia de aquel tiempo, que el sucesor y demas descendientes de tan gran capitan hicieron no pequeño papel en los sucesos de España hasta en las épocas modernas.

29. D. Juan Tellez Giron, cuarto duque de Osuna, hijo de D. Pedro, fué virey, gobernador y capitan general del reino de Sicilia, donde falleció á 12 de Octubre de 1656.

30. D. Gaspar Tellez Giron, su hijo, fué capitan general de la caballería del ejército de Extremadura. Sirvió á S. M. en las campañas de Olivenza, Badajoz y Yelves, habiendo puesto en el ejército en dos campañas contínuas un tercio de 700 hombres de su estado, vestidos, armados y sustentados á su costa. Fué capitan general de Castilla la Vieja, virey de Cataluña y gobernador de Milan. Falleció en Madrid á 2 de Junio de 1694.

31. D. Francisco María de Paula Tellez Giron, hijo, fué capitan general de los ejércitos y de la primera compañía española de Guardias de Corps, embajador extraordinario y primer plenipotenciario para ajustar la paz en el Congreso de Utrech. Falleció en París á 3 de Abril de 1716.

32. D. José Tellez Giron, hermano del anterior, fué teniente general de los ejércitos y embajador extraordinario en París en los tratados casamientos del príncipe de Astúrias D. Luis y del infante D. Cárlos. Fué coronel del regimiento de reales guardias de infantería española, asistió á varias campañas y se halló en la defensa de Cádiz el año 1708. Falleció en Madrid á 18 de Marzo de 1733.

33. D. Pedro Zoilo Tellez Giron, teniente general, coronel del regimiento de reales guardias de infantería española y embajador extraordinario de la córte de Viena. Falleció en Madrid á 1.° de Abril de 1787.

34. D. Pedro Alcántara Tellez Giron, hijo, teniente general, coronel del regimiento de reales guardias de infantería española. Asistió á diferentes campañas, y entre ellas las de los años 1793 y 1794 contra la república francesa. Falleció en Madrid á 7 de Enero de 1807.

35. D. Francisco de Borja Tellez Giron, hijo, coronel del ejército; asistió á la campaña de Andalucía en la guerra de la Independencia, y fué declarado traidor y condenado á ser pasado por las armas, en virtud de decreto del emperador Napoleon, expedido en el año 1808. Falleció en Pozuelo de Aravaca á 21 de Mayo de 1820.

36. D. Mariano Tellez Giron, hijo. Todo lo que dijéramos de

él pareceria lisonja. Sus servicios se hallan detallados en la biografía de este señor, publicada por el cuerpo de estado mayor del ejército en el año 1857. Soldado desde su más tierna juventud, fué edecan de D. Luis Fernandez de Córdova, del general Alaix y del duque de la Victoria. Se halló en cien combates, y obtuvo varias cruces de San Fernando, habiendo ascendido en la carrera militar paso á paso; y cuando cesó la guerra, sirviendo á la patria en los primeros puestos diplomáticos y comisiones, como la coronacion de la reina Victoria y entierro del duque de Wellington. Todos estos actos los desempeñó desinteresadamente y sin gravar por ello nada al Estado.

37. Excusado es decir que desde el conde D. Rodrigo, todos sus descendientes se llamaron Girones, porque Alfonso VI le concedió esa divisa para tener siempre presente el heróico hecho que ántes hemos copiado minuciosamente. Y sobre la ascendencia de ese mismo conde, poblador de Valladolid, pueden verse las crónicas de su tiempo, y especialmente el mismo Gudiel, que dice que aquel célebre guerrero descendia de Roic Gonsalvez, que floreció en tiempo del conde D. Sancho de Castilla, era 1029, ó sea en el año 991.

Se ha insinuado en esta parte histórica que el verdadero fundador del mayorazgo fué D. Juan Tellez Giron y no su padre el Maestre de Calatrava. En efecto, en 21 de Febrero de 1523, y habiendo obtenido dos Reales Cédulas de la Reina doña Juana y de su hijo el emperador D. Cárlos, constituyó mayorazgo de las villas de Useña y Osuna, llamando á su goce y disfrute á sus hijos varones de varones. Exigió el uso de sus armas y apellido, pero no de una manera absoluta y tan exclusiva que prohibiese la adquisicion de otros bienes y otros mayorazgos.

HISTORIA DE LA CASA DE LOS PIMENTELES.

1. Existe en el archivo de la casa de Osuna un célebre *manuscrito*, redactado por D. Domingo de Aescargota en 1656, sobre el orígen de los condes-duques de Benavente y su apellido Pimentel. En este precioso libro se dice: que Pimentel se deriva de *Pimentario*, nombre que pusieron en Roma á Quinto Marcio Philipo, hijo del dictador Lucio Marcio, *porque era de rostro muy encendido*. Su descendiente Julio Pimentario, gran privado y familiar de Julio César, fué pretor en Portugal y allí dejó descendientes.

2. Cita ese ameno autor á Juan de Mena en los versos que compuso á los linages, á Gil Ramirez, al maestro Nuño en sus comentarios, á Santo Tomás, á Lope de Vega en la hermosura de Angélica, á Lucio Marinco Sículo, á Bernabé Moreno de Vargas en su catálogo real de España, y á Paulo Jobio en las ilustres familias romanas, cuyos pasajes hemos registrado, y las citas están bien hechas. De todas ellas deduce que los Pimentarios, hoy Pimenteles, descienden del segundo Rey de Roma Numa Pompilio.

3. Dejemos á tan ingenioso autor la responsabilidad de sus inducciones, pero es lo cierto que desde los tiempos más antiguos se conocieron Pimentarios Romanos de ilustre alcurnia en Portugal, los cuales se recogieron á Galicia cuando la irrupcion de las bárbaros del Norte. Allí habitó el famoso Infante D. Alfonso Fernandez de Nobaez, el cual pasó al servicio del Rey de Castilla D. Fernando el Magno en el año 1020.

4. Desde entónces los descendientes de esta casa acompañaron á los Reyes de Castilla en la reconquista. Dice ese autor á la página 20 lo siguiente:

5. Vasco Alfonso de Nobaez, no fué ménos esforzado y valiente que sus antepasados, tuvo en la guerra los mejores y más honrosos cargos; llamábanle los portugueses por grandeza, el Romano Pimenteiro.

6. Hallóse con el Rey D. Sancho en la conquista de Lisboa, donde mostró su esfuerzo, debiendo á su valor mucha parte de la toma de la ciudad, solicitando y animando á algunos nobles á que le siguiesen, para escalar la muralla, lo cual pusieron en ejecucion; y aunque los Moros se defendian con valor, fué mayor el de los Christianos, guiados por Vasco Alfonso, el cual, subiendo el primero al muro, puso el estandarte real.

7. D. Rodrigo Alfonso Pimentel, segundo Conde de Benavente, sirvió al Rey D. Juan el Segundo, como sus antecesores. Fué por Embajador á Francia en compañía de D. Diego de Anaya, Arzobispo de Sevilla, el año 1420. Hallóse en las guerras de Granada, año 1431. En el cerco de Alburquerque trató las paces entre el Rey D. Duarte de Portugal, y el Rey de Castilla don Juan el Segundo. Trajo de Portugal á la Infanta doña Juana, juntamente con el conde de Haro, cuando casó con el príncipe D. Enrique.

8. Hízole merced el Rey D. Juan el Segundo de la villa de Mayorga, que habia sido de su primo hermano el Infante don Juan, Rey de Navarra, duque de Peñafiel, por haberse rebelado.

Fué esta merced año de 1830, con título de conde para los progénitos sucesores del estado de Benavente.

9. Papel más importante hace en la historia D. Rodrigo Alfonso Pimentel, «cuarto conde de Benavente y verdadero fundador del mayorazgo y estados de esta casa.» Floreció en tiempo del Rey D. Enrique IV, y asistió al juramento de la Infanta doña Juana, su hija, Princesa heredera de estos reinos en 1462.

10. Quedó tambien por Gobernador de Castilla con el conde de Haro cuando el Rey se trasladó á Andalucía.

11. Pero sus principales hechos se encuentran en las guerras de Granada habiéndose distinguido muy particularmente en el asedio de Loja y en las capitulaciones que se hicieron para la entrega de todo el Reino.

12. No haremos mérito de D. Juan Alfonso Pimentel, octavo conde de Benavente, que sirvió en tiempo de Felipe II. Mandóle el Rey guardar la frontera de Portugal que confina con las tierras de sus estados. Hízole juntar 8.000 infantes y 600 caballos, cuya mayor parte pagó á su costa por cuatro meses. Luégo sirvió al Rey con otros 1.000 vasallos en la gran jornada de Inglaterra.

13. En tiempo de Felipe III fué virey de Nápoles por espacio de siete años y tres meses, y prestó otros muchos servicios á su patria, así como otros Pimenteles, entre ellos D. Alfonso Pimentel, capitan general de la caballería de Milan, muerto á los treinta y dos años de un arcabuzazo que recibió en el sitio de Barceli, cuya plaza tomó á pesar de los esfuerzos del duque de Saboya.

14. Pudiéramos tambien ocupar algunas páginas hablando de los otros condes-duques de Benavente que gozaron de este Estado en los reinados de Felipe IV, Cárlos II, Felipe V y Fernando VI; pero como este período de nuestra historia es el más desdichado, no hay para qué hablar de los ricos-homes, porque en realidad nadie lo era en épocas de tanta decadencia. Queremos, sí, indicar que á mediados del siglo pasado, y siendo muy niña, heredó èste rico Estado doña María Josefa Pimentel, que ha vivido hasta nuestros dias, y siendo su casa un asilo sagrado para todos los hombres que amaban á su patria. Aquella señora se casó con el duque de Osuna, y de ella es nieto D. Mariano Tellez Giron, que dista catorce grados del fundador del mayorazgo.

15. D. Rodrigo Alfonso Pimentel representó un gran papel en la política de su tiempo. Con su riquísimo patrimonio fundó

un mayorazgo en 21 de Octubre de 1440, ajustando sus llamamientos á las reglas comunes de suceder, ó sean las de la regularidad y entrando las hijas del poseedor en el goce del mayorazgo con preferencia á los varones de otras líneas.

HISTORIA DE LA CASA DE LOS PONCES DE LEON.

1. La crónica de esta familia, escrita por Salazar de Mendoza, remonta el orígen de tan ilustre progenie á los primeros tiempos de Roma. Sirvan de muestra los siguientes párrafos: En Tito Livio se habla muy honradamente de Sulpicio Ponce. De Valerio Ponce dice que alcanzó el interregno, que no se daba sino á Patricios, como escriben Cárlo Sigonio y Manucio.

2. En el año 432 de la misma fundacion de Roma, y 325 antes de la Natividad de Jesu Christo nuestro Señor, hace mencion el mismo Tito Livio, en el principio del lib. IX, de Herennio Ponce y de Cayo Ponce, su hijo. Del Cayo dice: «Fué general de los Samnitas, en la batalla que ganaron á los Romanos, este año, que se llamó de la Paz infame. Venció y desbarató á los Cónsules, á los Legados, á los Questores, á los Tribunos y á todo el exercito.»

3. Ambrosio de Morales hace mérito de Quincio Ponce, natural de Braga. Mas dejando á un lado antigüedad tan remota, es lo cierto que los Ponces contaron tambien entre sus abuelos á los condes de Tolosa y de San Gil, que fueron pares de Francia.

4. Lo que sí se tiene por averiguado es que los Ponces de España empezaron á llamarse de Leon cuando el Rey D. Alfonso el de Toledo concedió que uno de ellos pudiera edificar una torre á cinco leguas de la ciudad de Leon, á la cual se le puso el nombre de Minerva [1].

5. Pasemos por alto esas oscurecidas fechas de los siglos XI, XII y XIII, en que los Ponces de Minerva y de Leon hicieron tan gran papel, habiéndose enlazado con las primeras familias, y no pocas veces con los reyes de Leon y de Portugal. Siempre estuvieron á la brecha, y como muestra citaremos á D. Pedro Ponce de Leon, señor de Marchena, que estuvo al lado del Rey D. Alfonso XI en todas sus campañas. Peleó en la ba-

[1] Ambrosio de Morales, lib. XIII, cap. V.

talla de Tarifa, y fué uno de los ricos homes que acudieron al cerco que le pusieron el Rey de Marruecos Abul Hascen, y el de Granada Abul Hagex Yucef.

6. En esta batalla vencieron los pendones y vasallos de don Pedro tres mil caballos y ocho mil peones que guardaban el real, y los hicieron huir, unos á la mar y otros hácia Algeciras.

7. En el cerco de esta ciudad le encargó el Rey la guarda de la puerta de el Fonsario, en la villa vieja, y en su defensa cumplió con sus obligaciones. Despues le encomendó una de las celadas que puso á la villa nueva, y estando en ella hizo muy buenas suertes á los Moros. Las cuales merecieron que el Rey le encargase de la guarda y tenencia de la ciudad, que tanto le habia costado.

8. En cada página de la historia de los siglos XV y XVI se encuentra un Ponce de Leon. Descuella entre todos el famoso D. Rodrigo Ponce de Leon, que á los diez y siete años ganaba la batalla del Madroño, dada contra la opinion del célebre caudillo Luis de Pernia, del que ya hemos hablado al tratar de los Girones.

9. El cronista, que nos sirve principalmente de guia, dice al folio 127: «que Luis de Pernia habia sido de parecer que no se acometiese por la muchedumbre de los Moros; pero insistiendo D. Rodrigo en que se diera la batalla, Luis de Pernia le dijo *que era determinacion de mozo*; á lo cual contestó D. Rodrigo: *padre, aunque no tengo barbas tengo ánimo*, y acometió.»

10. Garibay y Alonso de Palencia, cronista de Enrique IV, hacen tales elogios del jóven guerrero, que despues de mal herido en el brazo izquierdo, y habiéndose bajado á recoger su daga, peleó á pedradas, por lo cual le concedió el Rey treïnta mil maravedises de juro diciendo el privilegio: *porque imitando vos al Santo Rey David, con honda y piedras desliastes los Moros.*

11. Es curiosísima en extremo la relacion de las conferencias tenidas con la Reina Católica para acallar las diferencias que entre sí tenian este célebre D. Rodrigo Ponce de Leon, marqués de Cádiz, con el duque de Medina. La Reina, con su inmenso prestigio, acalló la enemistad de estos célebres guerreros, y el marqués de Cádiz cumplió á muy luego la palabra que empeñó con aquella exclarecida dama venciendo á la morisca gente, tomando la ciudad de Alhama, guarda y frontera

del reino de Granada, y cuya plaza sirvió para mil combates, habiendo acudido el duque de Medina al socorro del marqués de Cádiz, y siendo desde entónces grandes amigos.

12. ¡Siglo heróico en que pululaban los grandes hombres, que si alguna vez se dejaban dominar por la pasion, sus mismos defectos se convertian en provecho de la patria!

13. Concluiremos diciendo que D. Rodrigo Ponce de Leon mereció de los Reyes Católicos se le llamase duque de Cádiz, aunque ciertamente era más acredòr á que se le apellidase conquistador de Málaga, Baza, Almería y Guadix, porque en realidad conquistó de los moros ó contribuyó eficazmente á la toma de estas plazas. Véanse las historias de Estéban de Garibay, Jerónimo Zurita y Ambrosio de Morales, cuyas obras recopila Salazar de Mendoza hablando sobre estos extremos desde los folios 125 á 178.

14. Murió el duque á los ocho meses de la toma de Granada en 27 de Agosto de 1492, y Zurita en sus *Anales* concluye la biografía de este grande hombre con las palabras siguientes: «Falleció este caballero algunos meses despues de la entrega de la ciudad, y fué el que en la conquista de aquel reino más gloria y renombre alcanzó entre todos los de Leon, el duque y marqués de Cádiz. Al qual, y á sus ilustrísimas hazañas y clarísimas virtudes, debe toda España y todo el orbe Christiano, el principio, los medios y fin de haberle restituido un gran reino. Mayores son las alabanzas y glorias que merece, que puedan comprehenderse en muchos libros y historias.»

15. La casa de Arcos reconoce como fundador del mayorazgo á D. Rodrigo Ponce de Leon, y el actual duque es duodécimo nieto.

16. La historia de nuestra dominacion en Italia y los archivos diplomáticos podian suministrarnos tambien no pocos materiales para escribir sobre varios duques de Arcos. Diremos, sin embargo, algo.

17. D. Rodrigo Ponce de Leon, cuarto duque de Arcos, nieto de D. Rodrigo, tercer duque, fué Virey de Valencia y de Nápoles. Asistió con su gente á reforzar la infantería de la armada del mar Océano y contener la invasion de los Portugueses en Extremadura. Falleció en Marchena á 29 de Octubre de 1658.

18. D. Joaquin de Guadalupe Ponce de Leon, sétimo duque de Arcos, hijo, fué capitan general de los ejércitos y asistió á diferentes campañas en la guerra de sucesion ocurrida al adve-

nimiento de Felipe V al trono de España. Falleció en Madrid á 18 de Marzo de 1729.

19. D. Joaquin Cayetano Ponce de Leon, octavo duque de Arcos. Siendo mariscal de campo de los ejércitos, fué herido en la batalla de Camposanto, de cuyas resultas falleció en la ciudad de Bolonia á 2 de Agosto de 1743.

20. D. Manuel Ponce de Leon, noveno duque de Arcos, hermano, fué mariscal de campo de los ejércitos, y falleció durante la guerra de Italia en el campo de Santa, á 14 de Setiembre de 1744.

21. D. Antonio Ponce de Leon, onceno duque de Arcos, hermano, capitan general de los ejércitos y capitan de la compañía española de reales Guardias de Corps. Falleció en Madrid á 13 de Diciembre de 1780.

22. A este sucedió la siempre renombrada doña María Josefa Pimentel, que ganó este estado, venciendo á muchos aristócratas en el pleito de que luégo se hablará.

23. Se ha disputado mucho sobre quién fué el Ponce de Leon que fundó la casa de Arcos. Unos suponen que D. Pedro Ponce de Leon, que vivia á mediados del siglo XIV, ya habló de mayorazgo á favor de su hijo en el testamento que otorgó en Sevilla en 7 de Diciembre de 1374. Otros creen, y es lo más cierto, que el verdadero fundador de esta casa lo fué aquel gran guerrero D. Rodrigo Ponce de Leon, el amigo íntimo de los Reyes Católicos, que fundó tres mayorazgos en su testamento de 15 de Agosto de 1492. Aquella fundacion está ajustada á los principios comunes de la sucesion vincular llamando á los varones y á las hembras por el órden regular, y exigiendo únicamente se llevaran sus armas y apellido, pero sin imponer prohibiciones ni pérdida de derecho.

HISTORIA DE LA CASA DE LOS MENDOZAS.

1. El mismo autor que escribió la crónica de los Ponces de Leon, lo hizo tambien de sus parientes más allegados los Mendozas. Sus libros son dignos de estudio por la variedad de sus conocimientos y la profundidad de su juicio.

Los Mendozas descienden de la misma rama que el Cid Rodrigo de Vivar. Despues de citar varias crónicas é historias antiguas en apoyo de su opinion, acude á la copia de *Gratia Dei*, Cronista del Rey D. Cárlos, que:

Mas que vos ninguna honrada
Vanda roja en esmeraldas.
Porque tizona y celada
Os dexan tan celebrada
Con jamas volver espaldas.

2. Entre esos ascendientes se encuentran Fortun Lopez, primer señor de Vizcaya; Lope Iñiguez, Iñigo Lopez, que fué el primero que se llamó Mendoza; Juan Hurtado de Mendoza, ayo que fué del Rey D. Juan I, y otros muchos de que hablan las crónicas. Pero vengamos al gran D. Pedro Gonzalez de Mendoza, fundador del mayorazgo de la casa del Infantado. Fué éste mayordomo mayor del Rey D. Juan el primero, con quien entró en la batalla de la Aljubarrota. Aquí, habiéndole muerto el caballo al Rey, y éste en manifiesto peligro de muerte ó de prision, Pedro Gonzalez Mendoza le dió el suyo, y luégo se volvió á ellos para que le hicieran pedazos. Fué bisabuelo paterno del Cardenal. A esta tan grande y valerosa hazaña, hizo Hurtado de Valverde este romance:

El caballo vos han muerto;
sobid, Rey, á mi caballo,
y si no podeis sobir,
llegad, sobiros he embrazos.
Poned un pié en el estrivo,
y el otro sobre mis manos,
mirad que carga el gentío,
aunque yo muera libradoos.
Un poco es blando de boça,
bien como á tal refrenaldo,
afirmad vos en la silla,
dadle rienda, picad largo.
No se adeudo con tal fecho
á que no quereis mirando,
que tal escatima debe
á su Rey el buen vasallo.
Y si es deuda que os la debo
non dirán que non las pago,
nin las dueñas de mi tierra
que á sus maridos fidalgos
los dexé en el campo muertos,
y vivo del campo salgo.
A Diegote os recomiendo,
mirad por él, que es muchacho,
sed padre y amparo suyo,

y á Dios que va en vuestro amparo.
Dixo el valiente alavés,
señor de Hita y Buitrago,
al Rey D. Juan el primero,
y entróse á morir lidiando.

3. No puede haber mayor elogio, y pasemos á su hijo, que fué tambien un buen caudillo. El rey le hizo su mayordomo mayor, almirante de los reinos de Castilla, Leon, Galicia y Asturias, y sus hechos de armas fueron desbaratar la armada de Portugal y ganar la ciudad de Miranda de Duero [1].

4. Aunque ha tenido muy esclarecidos varones la casa de los Mendozas, ninguno es comparable al célebre D. Iñigo Lopez de Mendoza, más conocido aún como marqués de Santillana. Jurista, historiador, filósofo, guerrero y hasta gran poeta, reunia todas estas cualidades á la de un gran patriotismo. Tradujo muchas obras latinas. Escribió el centiloquio de proverbios á instancia de D. Juan II, como regla de vivir y de gobernar, para el uso del príncipe D. Enrique, que fué luégo tercero de este nombre [2].

5. Tambien se dedicó á la poesía, y compuso muchas cosas que parecieron bien á los que entendian de esta facultad, siendo muy estimado su cancionero. Fernando de Pulgar dice en sus «Claros Varones,» que el marqués de Santillana tenía gran fama y gran renombre en muchos reinos fuera de España. El poeta Juan de Mena, su muy amigo, en su obra que tituló «La Coronacion,» dedica muchas páginas al marqués. Gomez Manrique celebró extraordinariamente en verso elegíaco las virtudes y merecimientos de tan distinguido caballero. D. Rodrigo Sanchez Arévalo, D. Alonso de Cartagena, Jerónimo Zurita y otros elevan á las nubes las dotes de este insigne caudillo. Concluiremos con las palabras de Estéban Garibay en su «Crónica de los Reyes Católicos,» lib. 17, cap. 5.º: «Falleció en estos dias el valeroso caballero, en quien las letras no embotaron la lanza, D. Iñigo Lopez de Mendoza, marqués de Santillana y conde del Real de Manzanares.»

6. En efecto, murió en 1458, dejando siete hijos varones, entre los que descolló el gran cardenal D. Pedro Gonzalez de Mendoza.

[1] *Crónica del Cardenal Mendoza*, folio 43.
[2] Página 98, *Crónica del Cardenal.*

7. No es nuestra mision escribir un libro sobre este hombre extraordinario. Pero no podemos ménos de copiar un interesante párrafo de su crónica, que tiene relacion con la de los Girones. Oprimian á Enrique IV los ricos-homes de la liga, y todas sus intrigas se estrellaron en la habilidad y entereza de D. Pedro Gonzalez de Mendoza, á la sazon obispo de Calahorra. Dice su *Crónica* [1]: «Prosiguiéndose los tratados de paz, trataron de prender al rey sus deservidores, y pidiéronle vistas. Mas recatándose el Rey de ellos, envió al obispo en su lugar, y no pudieron concertar en cosa que estuviese bien al sosiego que se pretendia. Con esto se recogieron muchos grandes y caballeros á sus tierras y casas, quedándose con el Rey el obispo y sus hermanos y algunos caballeros, que pone Estéban de Garibay. Despues se trató y puso en *plática el casamiento de la infanta doña Isabel con D. Pedro Giron, Maestre de Calatrava.* En el qual, los que le trataban, se recelaban del obispo, teniéndolo por sospechoso, porque creyeron no sería de aquel parecer. Acabaron con el Rey y con su buena condicion que el obispo saliese de la corte. El obispo obedeció el mandato real, se salió, y fué á Guadalajara, y no volvió hasta que murió el Maestre.»

8. «Con mucha razon se recelaba del obispo, porque sabian el aviso que dió á la infanta *de la fuerza y opresion que se intentaba hacer*. Dícese *que estuvo la infanta veinte y cuatro horas en oracion sin desayunarse, suplicando á Dios que diese fin á sus dias ó á los del maestre, antes que se efectuase aquel casamiento. El maestre murió en Villarubia de Esquinencia sin efectualle, y luego el Rey mandó al obispo se viniese á la corte á presidir en el Consejo, como solia.*»

9. No se da un paso en la lectura de la historia de la Reina Católica en donde no se encuentre la figura del gran Cardenal. Antes de casarse aquella con el infante D. Fernando de Aragon, despues de casados, proclamada Reina y en todos los grandes episodios de la vida de esta gran mujer, se ve el consejo, la prudencia, la direccion del célebre Cardenal. Sin su ayuda, sin su consejo, probablemente la hermana de Enrique IV no hubiera sido Reina de Castilla. Verdad es que tampoco el Cardenal hubiese adquirido tanta fama, si no hubiera estado al lado de aquella tan insigne dama, la primera mujer de la historia.

10. Y no siempre estuvieron acordes; pero la Reina sabia ceder cuando su ministro tomaba una resolucion firme. Permí-

1 Página 119.

tasenos citar un episodio que parece una novela, pero es un hecho cierto y positivo, el cual narra el cronista del Cardenal al folio 420: «Cogió la Reina unas cartas para una dama, de D. Luis Ladron, caballero muy principal de Valencia. Indignóse tanto de ello, que le convino á D. Luis ausentarse de la corte, que estaba en Valladolid. Pasóse á Alcalá, donde se hallaba el Cardenal, y contóle el suceso, pidiéndole su amparo. El Cardenal se encargó de él, y le dijo se estuviese en su casa, que en pasando la Cuaresma, que era entónces, se trataria del negocio, y vínose á Toledo. D. Luis quedó en Alcalá, y fué allí preso por Francisco Gudiel, alguacil de corte, y llevado á Valladolid, y diósele por cárcel la casa del alcalde Proaño. Tuvo aviso de ello el Cardenal, y dejándolo todo, partió para Valladolid. Habló á la Reina muchas veces, y no le respondia, ni daba esperanza, segun estaba enojada. Supo que una noche, despues de las doce, *se le cortaria la cabeza á D. Luis. Llególe la nueva*, estando para entrar en la cama, y vistióse y fué á palacio, y hallólo todo cerrado, y *á los Reyes recogidos. Abrieron los monteros, y uno con una luz le guió al aposento de los Reyes*. Abrió el Cardenal las puertas, con algun estruendo, que causó novedad al Rey, hasta que vió al Cardenal, y díjole: «¿Qué es esto á tal hora?» Dijo el Cardenal: *Vengo á despedirme de V. A. para irme á mi casa y no volver más á la vuestra*. El Rey no sabia lo que pasaba, y preguntó á la Reina qué era aquello. Respondió la Reina: *No quiere el Cardenal que haga justicia en mi tierra*. El Cardenal dijo: *Sí quiero, mas no quiero hallarme presente á tan gran injusticia como la que V. A. ha mandado ejecutar*. Juramentó el Rey á la Reina que le dijese lo que era, y díjoselo. Finalmente, ántes de que el Cardenal saliese de palacio, le entregaron libre á D. Luis. Otros dicen, no sé si lo crea, que cuando el Cardenal habló á los Reyes, les dijo: *Eso merezco yo, que pudiera haberme hecho besar el pié, y no lo hice porque no me estorbase besar la mano á VV. AA.* Si lo dijo sería con gran fundamento, como lo requeria cosa tan grave, dicha á los Reyes por tan gran personaje.»

11. Aquellos poderosos monarcas oyeron muchas veces el lenguaje enérgico de este hombre de Estado, y no se creyeron ofendidos. Al contrario, le dieron durante su vida las mayores pruebas de estimacion, y cuando se acercó la muerte del Cardenal hicieron lo que no han hecho los Reyes de estos tiempos, que han creido rebajar la majestad si visitaban á los ciudadanos más esclarecidos. Es curiosa la narracion que hace el cro-

nista Salazar en la pág. 358 al hablar de la última enfermedad del Cardenal: «Los Reyes se hallaban en Arévalo, y *en sabiendo cuánto le apretaba el mal, se vinieron á velle á Guadalajara por el mes de Junio, y estuvieron allí muchos dias.* Tuvieron gran atencion á su salud, como cosa que les importaba tanto. *Cada dia entraban muchas veces en su aposento,* y le comunicaban todos sus negocios. Pidió licencia á la Reina para suplicalle se sirviese *de que le dejase por albacea,* porque tenía por cierto moriria de aquella enfermedad. Encomendóle su alma, sus criados y sus memorias. Tomó la Reina la cuenta de su hacienda por su misma persona, que se la daba su secretario Juan de Morales. En esta ocasion dijo el Cardenal á la Reina, que sobre su fé podria fiarle la suya, y assí le recibió en su casa Real, con el mesmo oficio en muriendo el Cardenal, y de la mesma manera acomodó á otros muchos oficiales del Cardenal.

»Otorgó su testamento hallándose presente la Reina, víspera de San Joan de mil cuatrocientos y noventa y cuatro años.»

12. A las puertas del sepulcro dió tres consejos á sus reyes: primero, que conservasen siempre amistad con el rey de Francia; segundo, que casaran al infante D. Juan con la infanta doña Juana, llamada la Beltraneja, para evitar guerras de sucesion, y tercero, que presentasen como arzobispo de Toledo al fraile Francisco Jimenez de Cisneros, persona de agudísimo ingenio, y al que habia sacado de la oscuridad el cardenal Mendoza, elevándolo á las primeras dignidades, y demostrando que los grandes hombres no conocen nunca la vil pasion de la envidia. Sería curioso el paralelo que se hiciese de estos dos hombres que fueron coetáneos y contribuyeron tanto á la grandeza y esplendor de la patria.

Y aquí ponemos punto á la historia de los Mendozas, porque despues de haber hablado de D. Pedro Lopez de Mendoza, el que se sacrificó por salvar la vida del Rey en la batalla de Aljubarrota; despues de citar al marqués de Santillana, D. Iñigo Lopez de Mendoza y dar más extension á las noticias referentes al gran Cardenal, y sin citar al gran conde de Tendilla, todo lo que dijéramos de los ilustres Mendozas, que fueron duques del Infantado en los siglos XVI, XVII y XVIII, sería indigesto, por más que tan renombrados caballeros cumplieran con su destino, sirviendo á la patria y á sus reyes en las grandes gueras de Italia y Alemania y en la gobernacion del Estado. Pero en siglos de decadencia escasean los grandes hombres, porque no tienen esfera en donde moverse, y es necesario ser tan célebre como lo

fué el tercer duque de Osuna para retardar algunos años la caida de la grandeza de esta nacion.

13. Aquel famoso D. Pedro Lopez de Mendoza, que murió en Aljubarrota, hizo varias fundaciones de mayorazgo llamando á distintos hijos. La principal fué á favor de su primogénito D. Diego en 13 de Enero de la era de 1464, y en donde se establecia la sucesion regular llamando varones y hembras, segun la costumbre de Castilla. A este mayorazgo ha ido unido el ducado del Infantado, y se le agregaron ademas otros muchos mayorazgos y dignidades.

HISTORIA DE LA CASA DE GANDÍA.

1. No ha existido ninguna familia en Europa que haya sido objeto de tantas investigaciones como la de los Borgias. Nacionales y extranjeros han rebuscado todos los hechos y todos los antecedentes que pudieran servir, ya para acriminar, ya para enaltecer las acciones de estos personajes. Nuestra mision no es engolfarnos en esta crítica, cualquiera que sea el concepto que se forme de Alejandro VI y de Calixto III, su tio, así como de la célebre Julia Farnese y de la otra dama llamada Benosa. Es lo cierto que muchos años ántes que fuera Papa D. Rodrigo de Borgia, y segun algunos autores, ántes que fuera eclesiástico, tuvo distintos hijos, entre ellos la célebre Lucrecia Borgia, y aquel malvado llamado D. César, que asesinó en Roma á su hermano el duque de Gandía. Tan horroroso crímen no basta para maldecir á toda la alcurnia de los Borgias, porque al lado de esos parientes, que podian empañar un tanto las altas prendas de la familia, se encuentra aquel héroe, que primero se dedicó al servicio de la patria y luégo se entregó á la penitencia, renunciando la posicion altísima que tenía y las grandes riquezas pertenecientes á su casa.

2. Existe en los archivos de la casa ducal una historia manuscrita que trae detalles curiosos sobre los sucesos ocurridos en Italia y España en los siglos XV y XVI, en los que tomaron parte tan activa los individuos de esa casa de Borja y que en Italia se llamó despues Borgia.

3. A nosotros no nos incumbe más que decir que ántes de dar Papas á la Iglesia, habia producido caudillos en los primeros tiempos de la reconquista. Al mismo tiempo que D. Pelayo y D. García Jimenez salian de las montañas de Asturias, Aznar Sanchez descendia de los Pirineos y empezaba por aquella par-

te la expulsion sarracena. Aquellos guerreros dieron principio á la Real casa de Aragon y á los condes de Barcelona hácia el año 1152[1].

4. No podemos engolfarnos en hacer la biografía de todos esos Reyes y condes, y tomaremos como punto de partida al primero que poseyó la villa de Gandía por juro de heredad. Muerto el Rey D. Jaime el segundo en 2 de Noviembre de 1327, le sucedió su hijo D. Alfonso IV de Aragon, el cual honró á su hermano el Infante D. Pedro, conde de Rivagorza, con el oficio preeminente de Senescal de Cataluña[2].

5. No contento el monarca con esta largueza, concedió á su hermano medios con que sostuviese la dignidad. Consideraba el Rey, por una parte, que no era bastante lo dado para el mantenimiento y estado de su alteza, y por otra, que *indictis Castris, et Socit per non vobis donaeis in dicto regno Valentiæ, non est aliquis Locus, notabilis, vel insignes in quo vos secumdum statum vestrum positis convenienter tenere mayorem domicilium vestrum.* Estando en Tortosa ocho de los Idus de Junio 1323, determinó darle al Infante D. Pedro, para él y sus descendientes varones de legítimo matrimonio, el *Castillo de Bairent y la villa de Gandía*, situado dentro de los términos generales de dicho castillo, con su real y granjas de Benioxa, Benipeixar y demas casas de campo y alquerías[3].

6. Los varios descendientes de este príncipe tomaron parte activa en todas las guerras que los Reyes de Aragon sostuvieron, ya en Italia, ya en Castilla. El Rey D. Martin de Aragon, en 13 de Abril de 1399, dia de su coronacion en la ciudad de Zaragoza, despues de haber concluido la funcion, con la mayor majestad y grandeza, puesto en su trono le creó *duque de Gandía*: dióle para su ereccion la bandera de sus armas, púsole en la cabeza un sombrero ó capirote de terciopelo carmesí, con un chapeo muy rico adornado de piedras y perlas preciosas, que era la insignia Ducal con que se creaba en aquellos siglos: dióle paz en el rostro, y el marqués D. Alonso de Aragon le besó, con obsequioso cariño, la mano. Mirábase tan rico y poderoso de estados y dominios, como cargado de años, cuando

[1] Archivo de Barcelona. Libro grande de los Feudos, foja 9.

[2] Zurita, parte II, libro VII, capítulo 11, folio 36; capítulo 12, folio 97.

[3] Registrada en el archivo de la Baylía de Valencia, en el libro I de los enajenamientos del Real Patrimonio.

faltando la línea varonil de los Reyes de Aragon por muerte del Rey D. Martin, pretendió, con gran instancia, la sucesion de la Corona, por hallarse más antiguo de la Real Alcuña; pero tuvo poca aceptacion en los vocales [1].

7. Despues de incorporarse este ducado á la corona por determinacion de D. Alfonso V de Aragon, y no con mucha justicia por cierto, el infante D. Juan vendió el estado y ducado de Gandía á la ciudad de Valencia, y luego despues á su camarlengo pariente *D. Pedro Luis de Borja*, por escritura pública que pasó ante Luis Gonzalez en 3 de Diciembre de 1485, habiendo hecho la entrega del precio de 63.121 timbres tres sueldos nueve dineros. Esa familia de Borja era oriunda de este pueblo, confinante con Navarra y Castilla, y fué redimida de los moros en 1132, segun lo anota un célebre historiador [2].

8. Los ascendientes se llamaban ántes Atarés, y procedian tambien de la Real casa de Aragon [3].

9. Las crónicas están llenas de lo que ejecutaron los descendientes del comprador del estado de Gandía, de que ántes hemos hablado, en los diversos reinados que mediaron hasta que heredó el ducado el célebre caudillo D. Francisco de Borja, cuarto duque que, despues de heróicas hazañas, se metió en religion y fué modelo de todas las virtudes. La Iglesia le canonizó, y todo elogio nuestro estaria de más.

10. Su hijo, D. Cárlos de Borja, fué embajador en Génova, y luégo virey y capitan general de aquel mismo punto.

11. En los reinados posteriores hubo una larga série de poseedores, todos personas dignísimas; pero que tienen poca representacion en la historia, porque tampoco ella se pudo ocupar de cosas buenas para España en los tres últimos siglos. Murió el décimo duque de Gandía sin sucesion, y pasó el ducado á los condes de Benavente, despues de un largo pleito. Tanto el condado de Benavente como el ducado de Gandía, los heredó la célebre doña María Josefa Pimentel, abuela del actual duque de Osuna.

12. Dista, por consiguiente, quince grados por línea recta del que se reputa, y tiene como fundador de este estado.

[1] Blanes, en sus Reales coronaciones. Libro I, capítulo 8, folio 67. —Zurita. Partida II, libro X, capítulo 69, folios 431 y 432. Salazar y Castro, en su Compendio histórico.

[2] Padre Abarca. *Historia de Aragon*, parte I, lib. VI, cap. X.

[3] Abarca, parte I, lib. X, fol. 183.

13. Este mayorazgo fué de los más antiguos de España, por más que su fundacion no aparezca sino en las capitulaciones matrimoniales que se otorgaron cuando se casó D. Juan Borja con doña María Enriquez en 13 de Diciembre de 1488. En esta fecha ya eran duques de Gandía los Borjas, y claro está que iban inherentes á esos títulos el derecho de suceder vincularmente. Es curiosa la cláusula de llamamientos de dichas capitulaciones, y nos parece oportuno copiarla: «Item es concertado entre dichas partes que el primogénito que de los dichos duque y duquesa de Gandía doña María Enriquez, mediante la gracia de Dios, nacerá, en pues de los largos dias del dicho ilustre duque, succesqua, y sea mayorazgo heredero y duque de Gandía; é si aquel contezca á morir (lo que Dios no mande) sin fijos legítimos y de legítimo matrimonio procriados, que succesqua el segundo, y así sucesivamente los otros, singula singulis referendo, y tanto, que habiendo varon por la línea descendiente, aunque sea menor, que no pueda heredar ninguna fija ó fembra viniendo por la dicha línea; é no habiendo fijo ó fijos varones que puedan en dicho ducado suceder, fija ó fijas de los dichos duque y duquesa, ó de los descendientes de ellos.»

HISTORIA DE LA CASA DE ZÚÑIGA.

1. A esta ilustre casa va unido el ducado de Béjar. En la larga série de poseedores de ese rico estado, no hay verdaderamente los adalides famosos que se encuentran entre los Mendozas, Girones, Ponces de Leon y Pimenteles. Sin embargo, no dejan de servir á su patria en esa famosa epopeya de los setecientos y más años.

2. Su alcurnia se remonta tambien á la más remota fecha. Para demostrarlo y no ser difusos, citaremos la crónica del Rey D. Juan II, escrita por Hernan-Perez de Guzman. Dice al folio 588 lo siguiente: «Diego Lopez Destuñiga, Justicia mayor del Rey D. Enrique III. De parte del padre fué Destuñiga, el solar de este linage es en Navarra. Yo oí decir á algunos dellos, que los Destuñigas bienen de los Reyes de Navarra y señaladamente de un gran hombre de quien los Reyes de Navarra ovieron comienzo, que llamaron Iñigo Arista: é por esta razon dicen que hay muchos en este linage que se llaman Iñigos: pero desto yo no sé otra certidumbre. De parte de su madre venia este Diego Lopez de los Orozco, un buen linage de caballeros. Fué hombre de buen gesto é de mediana altura, el rostro y los ojos

colorados, y las piernas delgadas: hombre apartado en su conversacion, y de pocas palabras; pero segun dicen los que le platicaron, era hombre de buen seso, é que en pocas palabras hacia grandes conclusiones, é buen amigo de sus amigos. Fué muy acebto y allegado á aquellos dos Reyes en cuyo tiempo fué: alcanzó muy gran estado; vestiase muy bien, é aun en la madura edad amó mucho á las mujeres é diose mucho á ellas con toda soltura. De su esfuerzo no se sabe, é creo que fuere, porque en su tiempo no ovo guerras ni batallas en que lo mostrase: pero de presumir es, que un caballero de tal linage é de tanta discrecion, que guardaria su honra é fama é vergüenza en que va todo el fruto del esfuerzo de las armas. Falleció en el mes de Noviembre año de mil cuatrocientos é diez y siete años. Está sepultado en Valladolid en el Monasterio de la Trinidad.»

3. Tambien produjo mártires la familia de los Estúñigas. Para poner fin á esta descripcion histórica vamos á copiar el episodio de la muerte heróica de un duque de Béjar copiando algun documento inédito.

4. Hay una campaña célebre en la historia de la cristiandad, y es la de 1689. Pujante el Turco, acudieron al reino de Hungría caballeros cristianos para lanzar de allí la media luna. Entre esos caballeros, ninguno tan distinguido como el duque de Béjar, Mandas y Plasencia, que falleció en el sitio de Buda.

5. Poderoso, bien quisto en la corte de España y lleno de vida, su amor á la gloria le arrastró á la guerra *como voluntario*, sin que le pudieran contener su amantísima madre, su cariñosa esposa y dos hijos en la más tierna edad.

6. Sin detenernos en los episodios del viaje ni de su presentacion al Emperador Leopoldo y luégo al duque de Lorena, que sitiaba á Buda, ni ménos de las hazañas que ejecutaron el duque de Béjar y otros españoles en los primeros dias del sitio, mencionaremos lo que aconteció el dia 13 de Julio.

7. Despues de varias arremetidas, los sitiadores flaquearon, y dice lo siguiente un curioso manuscrito que se encuentra en el archivo del ducado de Béjar: «Reconocióse particularmente en la tropa del conde de Herbertein aflixida de la muerte de su cabo, como en otros Alemanes á quien habia tocado la mesma desdicha, reducidos los más á dudar lo que por falta de directores avian de hacer; *pero observada la causa de la suspension por los duques de Béjar y de Escalona y por el marqués de Valero, y D. Gaspar de Zuñiga, acompañados de los demas aventureros españoles, y de otras Naciones, bien presto los animaron*

con su ejemplo precediéndolos hasta agarrar de las palizadas enemigas, y probando el arrancarlas ó quemarlas; á tan magnánimo cognacto comenzaba la suerte á mostrarse más dócil, quando el duque de Béjar, poco despues de pasadole un mosquetazo el sombrero sin ofenderle, y atribuirle los circunstantes á buen agüero, *recibió otro que entrándole por el brazo izquierdo le salió por el espinazo de que inmediatamente cayó.* Hallábase á la sazon entre D. Gaspar de Zuñiga, su primo, ocupando el resto de la mesma hilera hacia la mano izquierda del marques de Valero, su hermano, que herido tambien de un flechazo se halló con dos golpes, siendo incomparable el del sentimiento el ver á su hermano tan cruelmente herido.»

8. Prosigue el manuscrito refiriendo los dolores acerbos y la pronta muerte del duque á los pocos dias.

9. Originales se encuentran en el archivo de la casa las cartas que entónces se cruzaron sobre esta gloriosa muerte. El emperador escribia al marqués de Valero, hermano del duque, una afectuosísima epístola en 31 de Julio, dándole el pésame, y ya habia escrito otra igual al Rey de España el 25 del mismo mes. Ninguna de ellas es tan significativa como la del duque de Lorena al Rey de España, escrita en frances, y que segun la traduccion de ese escrito dice así: «Señor: Si estoy obligado á manifestar á V. M. el gran sentimiento que tengo de la pérdida que hicimos en este asedio de Buda del señor duque de Béjar, no me corre ménos obligacion de hacer justicia su gran mérito, proporcionado á su nacimiento: habíase ocupado con el señor duque de Escalona y su hermano de todos los caballeros españoles que le acompañaban en medio del fuego de los Genízaros, y de las piedras, bombas, y flechas de los sitiados para mantener el aloxamiento de la infantería del Emperador habia comenzado en brecha, *y esto con un brio y una constancia tan grande, que por cuidado que se tuviese de retirarlos de un punto tan peligroso no le desampararon hasta quedar todos muertos ó heridos, distinguiéndose tanto de las demas naciones, que no me puedo hartar de ponderar á V. M. su valor, su mérito y su ánimo.* Hé mandado remitir al Abad Ridolfi, mi embiado, á V. M. una relacion de los voluntarios Españoles heridos en esta briosa accion, para la noticia de V. M. espero sanará el señor duque de Escalona, y la mayor parte de los demas heridos, como sumamente lo deseo, y conservar á V. M. unos hombres de tanto provecho. Suplico humildemente á V. M. se persuada, y crea que soy (con respeto y reconocimiento igual, señor), de V. M. el más humil-

de y más obediente servidor y primo.—*Cárlos de Lorena.*—Del campo de Buda á 20 de Julio de 1686.»

10. Las cartas del Emperador y del Capuchino que confesó al duque son un modelo de sentimiento, y lo tenemos muy grande en no copiarlas, porque nuestro libro sería un infolio. Los eruditos las encontrarán en el archivo del duque.

11. Diez y seis abuelos cuenta en esta línea D. Mariano Tellez Giron, y como indicamos al principio de la genealogía de los Zúñigas, aquellos caballeros, si bien buenos ciudadanos, no tuvieron una gran participacion en la gobernacion del Estado. Cuenta que no hablamos de los Sotomayores, de quien tambien desciende D. Mariano Tellez Giron, y cuya casa, aunque poseida por los duques de Béjar, es completamente independiente. Don Gutierrez de Sotomayor fué un personaje de altísimas prendas, y en sus ascendientes se encuentra más de un caudillo en los reinados de los Alfonsos y Fernandos.

12. Si lacónicos hemos sido al hablar de tanto ilustre ascendiente de nuestro siempre querido amigo D. Mariano Tellez Giron, por las líneas de seis principales ducados de su casa, aún tenemos que pedirle perdon por haber hecho caso omiso de otras muchas líneas tan ilustres como las citados. El duque de Osuna lo es tambien de Rioseco y Mandas, y lleva otros muchos títulos nacionales y extranjeros de conde y marqués. ¿Para qué hemos de ocuparnos de esas genealogías haciendo este trabajo molesto y difuso para probar que D. Mariano Tellez Giron, emparentado con todas las casas de la grandeza de España, lleva sangre en las venas de todos los héroes que llenaron con su fama el antiguo y el nuevo mundo? Dejemos este trabajo para otro más desocupado, y pasemos á examinar la cuestion de derecho, ó sea la razon legal porque D. Mariano Tellez Giron disfruta el pingüe patrimonio de tantos antepasados.

13. Fácilmente se desprende de estos datos que la progénie de los Estúñigas ó Zúñigas fué antiquísima en Castilla; pero el verdadero fundador de esta casa fué D. Diego Lopez de Estúñiga, que en su testamento otorgado en 29 de Junio de 1397, estableció un vínculo, llamando tanto á los varones como á las hembras, segun era costumbre de Castilla.

RESÚMEN.

1. No estamos arrepentidos de haber incluido en nuestro libro los anteriores párrafos conmemorando la creacion y vicisi-

tudes de los mayorazgos que han venido á refundirse en cabeza del ilustre magnate D. Mariano Tellez Giron, duque de Osuna y de las demas dignidades que se agregaron á esas cinco casas, que fueron de las más renombradas de España.

2. Ahora sólo nos restaria decir que todo ese edificio levantado durante muchos siglos, creando privilegios más ó ménos justos, cayó á tierra desde la promulgacion de las leyes desvinculadoras, de que luego tendremos que hacernos cargo. En este concepto, parece que es inútil comentar leyes que están derogadas, porque si el estudioso no tiene precision de saber cuál era la inteligencia de esas siete leyes de Toro, por la sencilla razon de que los Tribunales no las aplican y obedecen, como acontece con toda disposicion legislativa derogada, bastaria la afirmacion de este hecho y el comentario de la nueva ley sobre supresion vincular para dar terminada esta tarea.

3. Sin embargo, aún queda algun resto de ese sistema. Aún existe algo vincular que dará lugar á más de un debate. Aún se sucede en las dignidades con arreglo á los antiguos llamamientos; y aunque no fuera más que por esta causa, oportuno sería sentar algunos principios generales comentando esas siete leyes y algunas otras posteriores, y teniendo tambien presente que, aunque pocas, todavía existen algunas casas de la nobleza sin dividir, como las de Vallehermoso [1], Bornos, etc., y los derechos de inmediacion es necesario declararlos con arreglo á la legislacion antigua.

4. Bajo este concepto, vamos á permitirnos ligeras explicaciones sobre esas siete leyes y algunas otras promulgadas en los siglos siguientes, hasta la total supresion en 1820.

COMENTARIO A LA LEY CUATRIGÉSIMA.

1. Ya copiamos su texto en su lugar oportuno. De él se desprende que el mayorazgo era una cosa muy conocida y arraigada en España. Y sin embargo, la ley no lo habia establecido ni habia más reglas que la costumbre, que es preciso regulari-

[1] Cuando se escribia este libro vivia D. Juan Querat y Ducarelli, conde de Santa Coloma y marqués de Vallehermoso. Este cumplido caballero falleció en 1873, y el autor de esta obra ha hecho las particiones de su casa y sus ricos estados.

zar para evitar las arbitrarias interpretaciones que, primero los juristas y luégo los mismos Tribunales, suelen dar á lo que tiene sólo por base la costumbre. Esos actos contradictorios, esa diversa interpretacion, que producia conflictos, fué la que trató de enmendar la ley 40 de Toro. Existiendo de hecho los mayorazgos, bien pronto ocurrió la duda de si era aplicable á esta institucion el derecho de ocupar el puesto de nuestros ascendientes, ó lo que es lo mismo, si habia ó no lugar á la representacion, si el sobrino debia ser preferido al tio. La ley de Partida ántes citada establece de un modo terminante y categórico que el sobrino sea preferido al tio, como ya se habia declarado en Aragon en las Córtes que celebró en Lérida D. Jaime I en 1275, habiendo hecho jurar por su sucesor á D. Alonso su nieto, hijo de su primogénito D. Pedro, como lo refiere Zurita en el libro III, capítulo 99 de sus Anales. Algunos autores suponen que aquí no habia derecho de representacion, sino expreso llamamiento hecho por D. Jaime I en su testamento llamando á su hijo D. Pedro y á sus descendientes; pero esta es una sutileza, porque tan descendiente es el hijo segundo como el primero y sus hijos; y no dando lugar á la ficcion legal, siempre el tio excluia al sobrino por la proximidad de parentesco y generalmente por la mayor edad. No hay que suponer que ese derecho de la representacion fué creado en Aragon por D. Jaime II en las Córtes que celebró en Zaragoza en 1325, lo cual se confirmó despues en las Córtes de Monzon de 1533.

2. Lo que sí es verdad, y no puede negarse registrando las disposiciones legales de aquellos tiempos, es que á la sucesion vincular, tanto en Aragon como en Castilla, no se aplicaron de un modo absoluto los preceptos que regian para la sucesion á la corona, y que cada uno de los fundadores de mayorazgo daba reglas y establecia condiciones, cuya inteligencia producia no pocas contiendas entre tios y sobrinos y generalmente sucumbia la orfandad. A esas demasías puso coto la ley de Toro, estableciendo de un modo claro y expresivo el derecho de representacion á favor de varones y hembras; y haciendo salir del sepulcro al primogénito, supone la ley que esto sucede, y en el instante trasmite á sus descendientes su derecho preferente.

3. Desde la promulgacion de la ley de Toro concluyeron esas disensiones y ha sido una regla constante la del derecho de representacion, que ya se conocia tambien en la sucesion hereditaria, en conformidad á la ley 8.ª de Toro y á las reglas más comunes de derecho de toda buena legislacion, si bien en la suce-

sion vincular esa representacion era individual por ser uno solo el que debia poseer el mayorazgo.

4. No se crea, sin embargo, que la ficcion legal era constante y contenia un precepto prohibitivo. Cuando el fundador del mayorazgo tenia el capricho de suprimir el derecho de representacion, los hijos y demas descendientes del primogénito quedaban excluidos, así como cuando se llamaba al varon agnado eran postergadas las hembras y los simples másculos de mejor línea y grado, porque, ante todo, estaba la voluntad del fundador. Hemos visto más de una fundacion de este género obedecida y acatada por los tribunales. Sobre el particular daríamos más extensos detalles si hoy hubiera necesidad de aplicar tales doctrinas; pero como no podemos olvidar que tratamos de leyes muertas, es bastante lo dicho como asunto de erudicion.

COMENTARIO Á LA LEY CUATRIGÉSIMAPRIMERA.

1. Esta ley vino á llenar un inmenso vacío. Cada dia se aumentaba en España la manía de amayorazgar bienes; pero en los primeros tiempos, despues de la promulgacion de las leyes de Partida, creian los juristas prudentes que no podia fundarse mayorazgo sin obtener la oportuna concesion del monarca. Esta era la buena doctrina, y si se hubiera observado, quizá la aristocracia no hubiese tenido los enemigos que despues tuvo. Fueron pocos los Ricos-homes que fundaron vínculos en los siglos XIV y XV que no acudieran al monarca para obtener licencia á fin de fundar mayorazgo. Podríamos citar infinitas escrituras de esta especie que confirman nuestras aseveraciones. Así se comprende muy bien que si la nobleza es un privilegio y el mayorazgo era generalmente su base, fuera indispensable la concesion que de ella hiciera el poder público. Por desgracia las turbaciones de los tiempos, especialmente en los reinados de los Enriques y Juanes, el poder legislativo era nulo é insignificante, y cada propietario y cada dueño de castillo hacia lo que halagaba su antojo. Si en algunos casos se extendian escrituras de fundacion de mayorazgo, en otros no se otorgaban estos instrumentos y se gozaban los bienes *á manera de mayorazgo*.

2. Esta costumbre perjudicialísima dió lugar á la prueba de testigos y ya no hubo rico de aldea que no se creyera en el de-

recho de decir que los bienes que disfutaba ó dejó su padre eran de mayorazgo.

3. Entusiastas nosotros de la mayor parte de las leyes de Toro, nos permitimos censurar severamente el contenido de la presente. No sólo se canonizaron los anteriores abusos permitiendo se separaran de la riqueza territorial del país, teniéndolas como vinculadas grandes masas de bienes, sino que se facultó para reputar como mayorazgos los bienes de cualquiera que así lo dijera en su testamento ó facultando al poseedor para probarlo por medio de dos ó á lo más tres testigos.

4. No tenemos reparo en decir que lo preceptuado en esa ley ha causado daños sin cuento. Los hijodalgos, esa aristocracia menuda, que se creó en la mayor parte de las provincias de España, amortizó una gran masa de fincas y formó una córte de holgazanes y estúpidos con todos los humos de las grandes jerarquías sociales y sin tener bienes ni recursos para sostener el esplendor de la nobleza.

5. En una obra de jurisprudencia no puede darse entrada á los desahogos de la imaginacion. Nuestros lectores conocerán las donosas críticas que los autores dramáticos y los buenos críticos han hecho de nuestros hidalgos.

6. Y todo cuanto se diga de ellos es poco. Ya en tiempos antiguos se quiso poner remedio á sistema tan funesto. Despues de las leyes de Toro se encuentra en la Novísima la famosa pragmática de Cárlos III de 14 de Mayo de 1789 prohibiendo la fundacion de mayorazgos sin real licencia. Todas las demas disposiciones posteriores que se dieron comprendidas en el título 17.º del libro X del citado código, tienen la misma tendencia. Pero el mal estaba ya hecho, porque quedaba poco que amortizar de los bienes raíces de España.

7. A imitacion de esos mayorazgos insignificantes se habian creado Patronatos, memorias de misas, obras pías y otras instituciones de la misma especie, porque así se entendia en esos siglos desgraciados la omnímoda facultad de testar.

8. Naturalmente vino la reaccion y calificó de igual manera las instituciones primitivas y las que despues tenian su base en esa ley 41.ª de Toro, verdadero orígen y sosten de una gran parte de la amortizacion civil que se apoderó de las más pequeñas fortunas.

9. Despues de treinta y dos años de la supresion de las vinculaciones, no hay para qué ocuparse de cómo han de estar redactadas las escrituras de fundacion, ni los requisitos que han

de tener las Reales cédulas, ni ménos cómo se han de hacer las pruebas testificales para justificar la existencia de un mayorazgo.

COMENTARIO Á LA LEY CUATRIGESIMASEGUNDA.

1. Lo singular es, que por el contenido de esta ley, se creerá sin duda que no se podia fundar mayorazgo sin la licencia del Monarca, lo cual está en contradiccion abierta con lo que aparece de la anterior y con lo que desgraciadamente vino practicándose despues en los tres últimos siglos. Si la existencia de un vínculo se podia demostrar *por la costumbre inmemorial*, sobre la que bastaba la deposicion de dos, ó á lo más tres testigos, ¿á qué conducia hablar despues, de si la licencia del Monarca habia ó nó de preceder á la fundacion del mayorazgo?

2. Ciertamente no nos explicamos cómo los sabios redactores de esa legislacion modelo incurrieron en contradiccion tan manifiesta. Lo filosófico, lo previsor hubiera sido decir, que para la fundacion de mayorazgo era necesaria Real cédula, como despues lo dijo y mandó el sabio Cárlos III. Hablar de Real licencia en la ley 42.ª cuando en la 41.ª se dejaba que cualquier labriego pudiese probar por costumbre inmemorial que era poseedor de mayorazgo, es una anomalía que no favorece en nada á los consejeros de los Reyes Católicos.

3. Y este cargo no es aventurado, porque la inteligencia que despues se dió á esas leyes por los tratadistas y por los tribunales fué que sin necesidad de Real licencia ni siquiera de escritura de fundacion podia probarse la existencia de un vínculo. Y por más que en la Real cédula de 1789 se dijera que esto era un abuso, lo cierto es que tal irregularidad tuvo orígen en el texto expreso de esas leyes, que no crearon por cierto la clase media, que pudiera contrabalancear tanto el poder de la alta nobleza como el de los Reyes. Al contrario, separó de su verdadero camino á los hombres laboriosos y pequeños propietarios, haciéndoles comprender que era fácil y expedito engalanarse con distinciones á muy poco sacrificio. Por desgracia esta es la tendencia de la humanidad. No la emulacion, sino la envidia rige y gobierna al mundo cuando no hay buenas leyes ó estas apadrinan malas costumbres.

4. No es propio de los comentarios de las leyes de Toro ha-

cer mérito de las severas críticas de Jovellanos y otros distinguidos publicistas, que atacaron de un modo fuerte en el siglo pasado y principios del presente los vicios y defectos, tanto de la grande como de la pequeña nobleza y los males sin cuento de la amortizacion civil y eclesiástica. Y estaban en su derecho y lo hacian con mucha razon. ¿Y no habian de estarlo si las nueve décimas partes de la propiedad rústica y urbana de España estaban en manos de frailes, ayuntamientos y vinculistas, y esta y otras causas habian reducido la poderosa nacion de los Reyes Católicos á escasos seis millones de habitantes en el reinado de Cárlos II? Pero pongamos término á este desahogo patriótico y volvamos á cumplir con la mision que hemos tomado á nuestro cargo.

COMENTARIO A LA LEY CUATRIGÉSIMATERCERA.

1. Es un corolario de la anterior, y en cierto modo viene á descubrir que los Reyes daban importancia á los privilegios concedidos para fundar mayorazgos. Así debió ser; pero los sucesos pasaron de distinto modo, como hemos demostrado en la explicacion de la ley anterior. Por lo demas, es innegable que si en la licencia otorgada no se fijaba término para la creacion del vínculo, el agraciado no perdia su derecho por la muerte del Rey concedente ni porque pasase más ó ménos tiempo sin hacer uso de la gracia.

2. Sin embargo, hemos encontrado en varios archivos fundaciones de vínculos, para cuya creacion se obtuvo la dispensa de dos monarcas y áun ejemplar de tres. En realidad esto no era más que un lujo de favoritismo en aquellos desgraciados tiempos de D. Juan II y de Enriques III y IV.

3. Cabalmente, para poner término á dichas excentricidades, se promulgaron estas leyes, pero sin que en ellas hubiese la firmeza necesaria y la explicacion bastante para decir cómo y de qué manera se habian de conceder las Reales cédulas para hacer mayorazgos, insertando en ellas las demas condiciones propias de la concesion de la gracia, su duracion, caducidad, etc. Así es que del contexto de las tres leyes que vamos comentando, sólo en realidad quedó subsistente lo peor, á saber: que podian fundarse mayorazgos de cualquier manera sin necesidad de recurrir al Rey, bastando hacer esas fundaciones en testamento ú

otra escritura, ó diciendo en su dia que por costumbre inmemorial se venian gozando los bienes en calidad de mayorazgo, puerta de escape por donde se introdujo la turba de vinculistas de toda especie.

COMENTARIO Á LA LEY CUATRIGÉSIMACUARTA.

1. En esta ley, como en la 17.ª, en que se hablaba de mejoras de tercio y quinto, se ocupa el legislador si el que fundaba un mayorazgo podia ó no revocarle. Duda que dió orígen á muchas controversias y que desapareció desde el instante en que se dió omnímoda facultad al vinculista para revocar su institucion.

2. Y así debia suceder. Generalmente se creaban los mayorazgos en los testamentos, y como es inconcuso y axiomático que la voluntad es ambulatoria hasta la muerte, de aquí que no se tuviera por firme y subsistente un vínculo hasta el fallecimiento del testador y posesion dada al primer llamado. Cualquiera otra interpretacion que se diera no estaba conforme con las buenas teorías vinculares; pero para desvanecer el menor escrúpulo vino esta ley á sancionar el principio capital de que el fundador de mayorazgo era todo un legislador que modificaba, variaba y derogaba á su antojo lo que sobre el particular habia hecho, como deroga y varía su testamento cualquier ciudadano hasta el último instante de su vida.

3. Sin embargo, no era tan absoluta y omnímoda la facultad de los vinculistas. En los testamentos todo es gratuito y voluntario y no interviene más que el testador. En la fundacion de un vínculo, no sólo podia mezclarse un tercero, sino que en muchas ocasiones intervenian personas de otras familias en el otorgamiento de esas escrituras.

4. Son muchas las capitulaciones matrimoniales que hemos registrado, en las que ya los padres del esposo, ya los de la novia creaban en el acto y hacian una *donacion intervivos* de bienes, con los que se fundaba desde luego un mayorazgo.

5. Y cuando esto no se ejecutaba en el acto, se hacia la promesa, y entónces esa escritura de capitulaciones era la causa de la fundacion.

6. El legislador previó estos casos, y con gran prudencia dijo: la regla general sea que pueda revocarse la fundacion de

un mayorazgo, y con particularidad cuando se hace en testamento. Mas si se ficiere por contrato entre vivos, entónces no hay lugar al arrepentimiento, porque á nadie le es dado separarse de lo convenido ni menoscabar los intereses de otro.

7. Y tambien habla la ley del caso, cuando el fundador del mayorazgo hubiera entregado al primer llamado los bienes y cosas que formaban el vínculo. Es, si cabe, un ejemplar más apremiante que el anterior. Al establecer los poderosos de otros tiempos á sus hijos con total independencia, les donaban bienes más ó ménos cuantiosos, como hoy lo ejecutan los ricos y como lo realizarán hasta la consumacion de los siglos los que aman á la familia. Hay la diferencia de que entónces se creia asegurar ese porvenir fundando mayorazgos, y no podia permitir la ley que el que se desprendia de una cantidad de bienes en favor de una determinada familia, viniera despues á privarla de ellos con razon ó sin razon. Esto no puede realizarse en el momento que se desprende del dominio el antiguo dueño, y para que se verifique es preciso que en la cesion se hayan impuesto esas condiciones.

8. Este es el último caso de la ley, que no ha hecho más que ajustarse á la buena teoría de los pactos. Si el que se desprende de su riqueza lo ha hecho bajo ciertas condiciones, claro es que hay que cumplirlas. Si digo, v. gr., que el poseedor del mayorazgo habia de vivir á su lado, y si no lo hacia perderia todo derecho y el donante recobraria sus bienes, llegado el caso previsto, no habria más que acatar y obedecer lo dispuesto por el donante. Si en los contratos bilaterales hay que cumplir siempre con las condiciones impuestas, más exigente es la ley cuando todo es graciable por parte de uno de los interesados.

9. Pero no prosigamos haciendo mayores investigaciones no teniendo ya que estudiar cómo y de qué manera puede hacerse el mayorazgo. Para concluir este comentario, nos basta decir que la ley 44.ª produjo buenos resultados, porque hasta el último escribano sabia cómo y de qué manera podian y debian hacerse las fundaciones de mayorazgos, ya en testamentos, ya en escrituras públicas. Si hoy se llamára á cualquier notario á dar fe de una última voluntad de esta especie, ó de otro instrumento en que se tratára de amortizar bienes, naturalmente se negaría á intervenir en actos semejantes.

COMENTARIO A LA LEY CUATRIGÉSIMAQUINTA.

1. Extensos son los comentarios que han hecho los tratadistas sobre esta célebre ley, que puede encerrarse en el siguiente axioma: La posesion civil y natural de los bienes de mayorazgo se transfieren, muerto su tenedor, al siguiente en grado que debe suceder.

2. Lo primero que discutian los glosadores, era qué se debia entender en derecho por la palabra posesion. Quisiéramos en esta materia explicar á nuestros lectores todo lo ingenioso que dicen desde Bartolo hasta Molina.

3. Aunque para nosotros es, si no el primero, de los más distinguidos jurisconsultos Papiniano, no nos agrada que se incline á la definicion de que la posesion es un simple hecho, el de retener la cosa que se posee. No, eso es la *detentacion*, ó si se quiere la simple *tenencia*. La posesion presupone algo y este algo es la presuncion de que el que tiene una cosa, la goza porque es suya. Por eso se ha dicho en la mayor parte de las legislaciones que la tenencia de un año y un dia es legítima posesion, y para perderla es forzoso ser vencido en juicio ordinario y contradictorio.

4. Claro es, que el primitivo orígen de la posesion fué el simple apoderamiento de la cosa, como lo es hoy en los países vírgenes, en las soledades de apartadas regiones sin descubrir. Pero en el momento que se reconoce el derecho de retener lo aprendido, porque no pertenecia á otro, desde aquel instante asoma la cabeza el derecho de propiedad, atributo esencial del hombre y de su inteligencia, tras de la cual se descubren todas las instituciones creadas. Sí, la simple tenencia, la retencion de las cosas, fué la madre fecunda de la posesion; pero esta hija querida tenía que representar algo más, cuál es el derecho de retener, porque el detentador y usurpador tambien tiene y retiene y en el sentido legal jamas se le ha podido llamar poseedor, como no hayan concurrido y tenga á su favor una porcion de circunstancias que la ciencia del derecho ha creado para afirmar esa posesion en que se cimentara el derecho de propiedad.

5. Quizá no hay principio alguno legal que merezca más

digno estudio, como lo demuestra lo que escribieron los antiguos y lo mucho que han impreso sobre la materia los grandes jurisconsultos de Europa. La propiedad, que no es más que la posesion continuada, sufre hoy una persecucion horrible suponiendo que el trabajo de uno se ha de repartir con el vecino, porque esto y no otra cosa significan las excentricidades de las escuelas comunistas. El capital no ha representado nunca á los ojos del filósofo y del jurista más que acumulacion de trabajo. Por eso cuantos mayores ahorros se hagan por un individuo, una familia, un pueblo, una nacion, por la humanidad, en fin, mayores serán los rendimientos, mayores los goces, mejores los elementos de la futura produccion, porque el hombre no haria nada con el ahorro del capital, *con la posesion de la cosa*, si la sociedad no le garantizase esa misma posesion, ese disfrute, que es el gran aliciente de la vida y sin el cual viviria el hombre como un ente irracional.

6. Conocemos que el amor á la ciencia y más principalmente á la humanidad nos extravía y hace olvidar que estamos escribiendo un comentario á las leyes de Toro y no un discurso académico ni una defensa política; pero es tan hermosa la sublime idea de la posesion legítima, que á lo mejor no hay más que pedir permiso al lector para sublimar lo que es digno de sublimarse. En este instante vuelve la vista el autor de este libro á todo lo que le rodea, y dice: esto es mio, legítimamente mio, adquirido con mi trabajo, garantido por la ley que creó el derecho de poseer y que sin esa posesion, sin esa garantía, no se concibe la existencia de dos familias juntas y ménos la sociedad, que es tan antigua como la raza humana; búsquese el orígen en los sagrados libros, que respetamos los hombres creyentes, acúdase á los delirios más ó ménos ingeniosos de los que suponen que todo es materia en el universo. Allí donde haya dos séres humanos, allí se reunirán para ayudarse mútuamente, para rendir tributo á lo que en la raza es esencial. Desde los primeros instantes empezará á distinguirse el tuyo y el mio. La tenencia, la adquisicion, creará la posesion, y la posesion engendrará instantáneamente la propiedad. Así lo dice la historia de todos los pueblos, que santifican la posesion, y sin la cual no se comprende la acumulacion de la riqueza, que ha creado los portentos que se presentan á nuestra vista y en los que no reparamos, como si las ciudades hubieran salido del antro de la tierra y los productos de todas las industrias fueran tambien hijos naturales del mundo físico.

7. Basta ya de consideraciones filosóficas, y descendamos al terreno práctico del derecho escrito. La posesion, teniendo los requisitos de la ley, es el primer título de dominio. Para destruirla, para que se nos despojé de lo que poseemos, es necesario ejercitar y probar una accion de propiedad. Aun contra ella, puede excepcionar el poseedor y utilizar el remedio de la prescripcion, que no es más que la posesion continuada por una larga série de años y con ciertos requisitos. Esto demuestra que real y positivamente el dominio descansa en realidad en la no interrumpida tenencia dé la cosa, que presupone á los ojos de la ley que se adquirió bien y con legítimos títulos. Y que esta posesion, reconocida por todos y por una larga série de años, cimenta y afirma ese mismo derecho.

8. Nada hay más sublime que esta idea del dominio, que esta posesion que es su base, no conservada por la fuerza, sinónimo de la fiereza del tigre, sino por la ley que proteje y ampara al menesteroso, al débil, al niño que está en la cuna, y que si algo demuestra la inteligencia, el espíritu, la idea de Dios, es este sentimiento innato en la humanidad de respetar lo que es de otro, por más que la inclinacion al bienestar arrastre al hombre, dejándose conducir por las malas pasiones, á despojar á sus semejantes de lo que él no sabe ó no quiere adquirir por medio del trabajo, que es el verdadero capital que el Omnipotente ha puesto á disposicion de cada criatura. Es necesario que el bandolerismo se constituya en escuela para negar estos sublimes principios. En momentos dados y por los altos secretos de la Providencia podrán prevalecer algun instante esas ideas subversivas; pero bien pronto la conciencia universal volverá las cosas á su asiento, á no ser que se halle escrito que el género humano en conjunto ha perdido el juicio, se ha convertido en gran bestia, y en efecto no somos más que el primer eslabon de la cadena de séres irracionales.

9. No sucederá así. En ciertos períodos de la historia sufre enfermedades la humanidad; pero bien pronto viene la cura y el tuyo y el mio, el dominio, la posesion encuentran amparo en leyes, que si fueron menospreciadas, luégo reviven, porque son frutos de la inteligencia y congénitas con el hombre, sin que se pueda disputar su orígen por ser de derecho natural. Podrá el legislador modificar, variar y alterar la manera de adquirir ese dominio y esa posesion, pero su principio, su orígen se encontrará siempre pegado al hombre, como una consecuencia de sus facultades físicas y morales, ya se le mire en su es-

tado de barbarie, ya se examinen sus condiciones en plena civilizacion.

10. Disculpables son estas digresiones en materia tan delicada é interesante; pero en realidad no nos compete á nosotros examinarlas. Nos hemos impuesto la obligacion de discutir cuestiones civiles, y en estas no puede darse entrada á las abstracciones filosóficas y á los principios constitutivos de la sociedad. Hablemos, pues, de la posesion prosáica, del acto de retener justa ó injustamente las cosas materiales ó inmateriales segun y en los términos que lo realizan los comentaristas de la ley 45.ª de Toro explicando como debe entenderse la frase de que se traspasa la posesion civil y natural del mayorazgo al siguiente en grado.

11. La explicacion de la ley es sumamente sencilla y produjo su publicacion muchos beneficios, cortando dudas y disputas y poniendo coto á la codicia.

12. Aunque ya estén de más las aclaraciones que se den sobre esta ley, porque ya no se da posesion de mayorazgos más que en rarísimo caso y esto no del vínculo, sino de los bienes en calidad de libres, porque hace treinta y seis años que quedaron abolidos, no nos parece sin embargo inconducente narrar, aunque sea con concision, por qué se promulgó esa ley y cómo la aplicaron los tribunales.

13. Fué un axioma en materia vincular que el poseedor de un mayorazgo no era más que simplemente usufructuario. En tal concepto él por sí no daba ni trasmitia derechos. La sucesion venia de la cabeza, y en virtud de los derechos creados en la fundacion habia que buscar el heredero. Todos los parientes, todos los que tenian un llamamiento en dicha fundacion creian que estaban en actitud de poseer, de aspirar á la vacante.

14. Como primera providencia, y con especialidad tratándose de los grandes mayorazgos, muerto un poseedor, recurrian diversos parientes á los jueces en donde radicaban los bienes del mayorazgo y pedian su posesion.

15. Antes de entrar en el exámen del verdadero derecho de los que aspiraban al vínculo, era necesario arreglar este incidente prévio, que en muchas ocasiones daba lugar á largas y reñidas contiendas. La ley 45.ª de Toro quiso evitar tan graves males asentando de un modo claro el gran principio de que la posesion civil y natural se habia trasmitido al pariente preferido en el momento del fallecimiento del testador, sin que un

solo instante se considerase yacente la cosa. En esto no se hacia más sino aplicar el derecho comun de la sucesion hereditaria. A los ojos de la ley y de los buenos principios el dominio nunca está en incierto. En el instante que muere el dueño de un predio ó de un capital, pasa el dominio á su heredero por testamento ó abintestato. Lo propio debia suceder en materia vincular, en donde realmente no hay más que un testamento, que es la fundacion, y en ella hay que buscar el siguiente en grado de que habla la ley que comentamos.

16. Lo que habiá que hacer no era explicar los derechos del inmediato, sino garantizarlos poniendo coto á la codicia de los muchos que, con más ó ménos atrevimiento y maña, acudian á jueces incompetentes á pedir la posesion de mayorazgos que notoriamente no les correspondian.

17. A este mal se puso remedio dando competencia sobre estos asuntos al primer tribunal del reino y creando para ello un juicio especial.

18. En efecto, el Consejo de Castilla era el único tribunal donde se incoaban los juicios llamados de Tenuta, en el que en rigor se disputaba, la plena posesion y tambien la propiedad, por más que sobre esto último no fuera ejecutoria cumplida la sentencia de los nueve consejeros de Castilla.

19. A pesar de ser tan cauto el legislador, siempre quedaba algo que favorecia al más activo y diligente de los candidatos. Era muy comun que á la agonía de un grande de España asistieran dos ó más parientes para acudir en el acto de espirar el poseedor á un teniente de villa ó alcalde de córte, y en provincias á los que ejercian jurisdiccion en primera instancia, pidiendo, en virtud de esa ley de Toro, la posesion civil y natural, *sin perjuicio de tercero de mejor derecho*. Sin hacer llamamientos ni citaciones, y con esa salvedad de no prejuzgar ninguna cuestion, se colocaba en una actitud ventajosísima el que así habia madrugado.

20. Luégo venia, en efecto, el juicio de Tenuta llamado doble, porque todos los aspirantes eran demandantes y demandados. Habia, en efecto, un artículo prévio sobre la *administracion* del mayorazgo, y que segun las buenas prácticas debia sustanciarse rápidamente; pero es lo cierto que no pudiendo ménos de admitirse pruebas, artículo de administracion hemos estudiado nosotros en pleitos antiguos que duró muchísimos años, gozando en el ínterin de los frutos del mayorazgo el que habia obtenido la posesion interina.

21. Y lo que era más comun y aconteció muchísimas veces, fué que el favorecido por el Consejo de Castilla con una sentencia en que se le daba la administracion del vínculo, podia descansar tranquilo porque sus adversarios solian dejar dormido el pleito por diez, veinte y hasta cincuenta años. Hemos intervenido en litigios que se incoaron hace ochenta años, y el mismo Tribunal Supremo, sucesor del Consejo de Castilla, ha pronunciado muchas sentencias de Tenuta.

22. Este juicio era una verdadera creacion de la instancia única, que es el bello ideal de los jurisconsultos prácticos y de la que nosotros somos partidarios acérrimos. Despues de sentenciado el artículo prévio de la administracion, se entraba de lleno en el exámen del derecho, y generalmente se concluia el juicio presentando defensas impresas que se llamaban papeles en derecho y que debian estar acordes y conformes con el apuntamiento del relator, juez del hecho, cuyo trabajo se llamaba memorial ajustado, y tambien en él se ponia la conformidad de los abogados de las partes.

23. Hemos indicado arriba que la legislacion permitia un nuevo juicio. En las mismas sentencias de Tenuta se dijo siempre que se remitieran los autos á la audiencia ó chancilleria correspondiente, para que allí las partes prosiguieran el juicio de propiedad si lo tenian por conveniente. Fué rarísimo el caso en que esto se verificó. Y fácilmente se comprende. Si el primer tribunal del reino, en sala compuesta de nueve magistrados, habia fallado realmente sobre la posesion y la propiedad, ¿cómo era posible que en tribunales subalternos y en salas de cinco ó siete magistrados á lo más vinieran á corregir y enmendar el fallo del Tribunal superior cuando al mismo Consejo de Castilla habia de volver el pleito en última instancia, que entónces se llamaba recurso de segunda suplicacion?

24. No conocemos más que un solo caso, y en el cual intervenimos en los primeros años de nuestra afortunada práctica. La Audiencia de Valencia resolvió sobre la sucesion del marquesado de Albaida, en juicio de propiedad contra lo que habia sentenciado el Consejo de Castilla. Litigaba entónces el padre del actual marqués D. José María Orense. No ya el Consejo de Castilla, sino el Supremo Tribunal, suplió y enmendó la sentencia de la Audiencia de Valencia, declarando á favor del Sr. Orense, nuestro defendido, que desde entónces se llamó marqués de Albaida. Este fué nuestro primer triunfo forense en la árdua y difícil materia de mayorazgos, á la que tantas vigilias hemos dedicado.

25. Creemos que no deben hacerse más comentarios á esta ley, cuando ya no tiene aplicacion alguna. Podrá servir lo dicho para enaltecer todo lo que tenga analogía con la *posesion*, que es la madre natural del dominio. Sobre ella hablan todos los autores teóricos de derecho, y en esos tratadistas se encontrarán, sin duda, raciocinios más profundos que los que aquí dejamos consignados. Por desgracia, no de los buenos juristas, sino de la fuerza bruta, recibe hoy bruscos ataques ese principio salvador del órden social. A la filosofía y á los gobiernos hay que acudir para defender tan sacrosantos principios, y á los cuales puede prestar corta ayuda el pobre comentador de las leyes de Toro.

COMENTARIO A LA LEY CUATRIGÉSIMASEXTA.

1. Esta sola ley ha dado lugar, desde su promulgacion, á discusiones acaloradas en cátedras y academias, comentándola de diversas maneras los muchos autores que sobre ella han escrito. Si hoy estuviera vigente la vinculacion, tambien por nuestra parte emitiríamos un juicio más razonado que la opinion que vamos á emitir.

2. Sin adherirnos completamente al parecer de Castillo, Palacios Rubios y el gran Jovellanos, que censuraron acremente la promulgacion de esta ley y suponen que ella sola ha producido más males que la misma vinculacion, estamos todavía más distantes de la apología que de esta disposicion legal hace Sancho de Llamas en su extensísimo comentario de los folios 159 y siguientes del tomo segundo de su obra.

3. Dada la existencia del mayorazgo, naturalmente habia de ocurrir esta duda. El poseedor no tuvo nunca otro carácter que el de usufructuario de los bienes que componian la vinculacion; y si es un precepto universal que el que usufructúa debe usar y gozar de la cosa sin destruirla ni menoscabarla y conservando su sustancia, no podia eximirse de esta responsabilidad el que sucedia en un mayorazgo.

4. Así es que, áun cuando no habia ley escrita que tratara de los desperfectos del mayorazgo, todos los nuevos poseedores tenian derecho y ejercitaron esta accion contra el caudal libre que dejaba el último poseedor, y los tribunales admitian estas

acciones y declaraban estos derechos, como lo hemos conseguido en más de una ocasion, quedando reducidas las cuestiones á si era mucho ó poco el desperfecto.

5. Pero parecia tambien natural, ya que se obligaba á la indemnizacion, cuando habia daño, se otorgara el derecho de reclamar las mejoras, que era mayor haber de los mismos bienes del mayorazgo.

6. Y sin embargo, la ley estableció lo contrario, causando perjuicios de mucha consideracion. Atacaba en primer lugar los derechos de la sociedad conyugal, privando á la mujer del todo ó una parte de los gananciales, lo cual no se compensaba por cierto con los derechos de viudedad, que, si no por ley, se concedian por costumbre y que siempre existian, hubiera ó no mejoras. Perjudicaba en segundo lugar las legítimas de los hijos, dejándoles en muchas ocasiones sin patrimonio. Y por último, se empleaba á veces un buen capital de una manera completamente improductiva, v. gr., cuando las mejoras se hacian en los castillos, cercas y edificios del mayorazgo.

7. ¿Se concibe siquiera que la sabiduría de los Reyes Católicos admitiera y canonizára tantas injusticias sin que para ello tuvieran aquellos monarcas una razon poderosa ó al ménos se propusieran un objeto digno de alabanza? Para nosotros es innegable que el legislador, al aumentar los privilegios del vinculista, quiso hacerle cada vez más odioso.

8. No olvidemos la situacion del país en aquella época. Se habia concluido la guerra santa y á ello habian contribuido no poco los ricos-homes, que en el último siglo adquirieron inmensa preponderancia perturbando el país á cada instante en los reinados de los dos Juanes y de los dos últimos Enriques. Y lo que sucedió en Castilla, poco más ó ménos ocurrió en Aragon. Los Reyes Católicos distrageron á esos grandes perturbadores llevándolos á la gran guerra de Granada; y cuando se pelea, no queda mucho tiempo para intrigas de otro género, pero conquistada Granada, todos esos poderosos volvian á sus castillos y ciudades, no para rezar, sino pará hacerse mútua guerra é influir con más ó ménos derecho en los negocios del Estado.

9. Por eso los Reyes Católicos y luégo Cárlos V y Felipe II, procuraron llevar á su lado á esas ricas familias, que ya se empezaron á llamar grandes de España.

10. Suponiendo que se halagaba la vanidad de esas gentes, se hicieron las concesiones de la ley 46.ª de Toro; pero el mismo privilegio, por lo odioso, habia de producir distinto resulta-

do. El esposo cariñoso no queria privar á su mujer de los derechos á los gananciales; y como la ley decia que las mejoras hechas en el vínculo no eran reintegrables, no hacia esas mejoras. En igual caso y aún con más motivo procuraba el buen padre de familia no perjudicar á sus hijos pequeños otorgándoselo todo al primogénito.

11. Así es que la ley, bien examinada, en vez de favorecer á la vinculacion, como algunos han creido, estudiando superficialmente su letra y espíritu, fué uno de los recursos que se pusieron en juego para debilitar á esa misma nobleza.

12. Desde entónces, y abandonados esos castillos y fortalezas, cuyas ruinas todavía se encuentran en pié en muchos pueblos de España, no hubo ningun vinculista, ó al ménos fueron muy pocos que hicieran esas mejoras. En este sentido se consiguió por los Reyes Católicos el fin político que se propusieron. Con escasas excepciones los grandes señores abandonaron sus palacios y con especialidad desde Felipe II trasladaron su domicilio á la corte, donde edificaron, no fortalezas, sino casas de vecindad, y no del mejor gusto.

13. Examinada la ley en conjunto y particularmente en su parte histórica, nos creemos dispensados de descender á detalles, cuya explicacion sería muy buena estando vigente; nos permitiremos únicamente decir que cuando en la práctica se aplicaba la ley cuando habia que considerar como parte integrante del vínculo las mejoras en él hechas, la injusticia era manifiesta, quedando desheredados los hijos y sin gananciales la mujer, porque al poseedor del vínculo le habia dado el tonto capricho de aumentar la riqueza del primogénito empleando sus capitales en mejorar el mayorazgo.

14. Repetimos que esto aconteció en pocos y rarísimos casos. Hemos hecho muchas y distintas particiones de casas vinculadas y en ninguna de ellas, no en las últimas sucesiones, sino en tres ó cuatro de los antecesores del vínculo, se encontraba otra cosa que desperfectos, que ventas de bienes con real facultad y siempre disminuyendo los productos de los bienes del mayorazgo.

15. Y se explica muy bien. La aristocracia no puede ser más que una institucion política. Cuando dejó de pelear y se le cerraron las puertas de las Córtes, porque estas se suprimieron de hecho, ya la mision de la aristocracia quedó reducida á las humillantes condiciones por las que les hicieron pasar los Cárlos y Felipes.

16. Sin embargo, aún conservaban una gran riqueza á principios de este siglo; aún dieron una gran muestra de patriotismo en la guerra de la Independencia agrupándose á la causa popular y vertiendo generosamente su sangre; aún se sentaron en el año 1834 en el Senado español como Próceres del reino. Esfuerzos inútiles: ya en 1820 se habian abolido los mayorazgos sin que se creyera necesaria para nada una cámara alta. Bien pronto, en vez de mejorar poco á poco las instituciones que se ensayaron en 1835, los vendabales revolucionarios lo arrastraron todo y sin exámen se restablecieron las leyes desvinculadoras, que no modificaron ni alteraron las leyes de mayorazgos, sino que las barrieron trasmitiendo únicamente á perpetuidad los títulos y dignidades.

17. Hace treinta y seis años que venimos aplicando estas leyes, y á nosotros no nos toca más que insertarlas como apéndice de este comentario.

Por Real decreto de las Córtes de 27 de Setiembre de 1820, restablecido por otro de 30 de Agosto de 1836 y otros posteriores, se han suprimido todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y vinculaciones de toda especie, restituyéndose á la clase de absolutamente libres, y no pudiendo nadie fundar en lo sucesivo vinculaciones ni prohibir directa ni indirectamente la enajenacion de bienes vinculados.

Hé aquí el texto de las leyes y decretos á que nos referimos:

Real decreto restableciendo lo dispuesto por las Córtes sobre supresion de vinculaciones.

«Deseando proporcionar desde luego á la nacion las grandes ventajas que deben resultarle de la desamortizacion de toda clase de vinculaciones, he venido, á nombre de mi augusta hija doña Isabel II, en decretar lo que sigue:

1.° Se restablece en toda su fuerza y vigor el decreto de las Córtes de 27 de Setiembre de 1820, publicado en las mismas como ley en 11 de Octubre del mismo año, por el que quedaron suprimidas las vinculaciones de toda especie y restituido á la clase de absolutamente libres los bienes de cualquiera naturaleza que las compongan.

2.° Quedan asimismo restablecidas las aclaraciones relativas á la desvinculacion hechas por las Córtes en 15 y 19 de Mayo de 1821 y 19 de Junio del mismo año.

3.° La ley restablecida por este decreto principiará á regir desde la fecha del mismo.

4.° Se reserva á las próximas Córtes determinar lo conve-

niente sobre las desmembraciones que tuvieron los mayorazgos miéntras estuvo vigente la ley de 27 de Setiembre de 1820 por donaciones graciosas ó remuneratorias ó por cualquier otro título traslativo de dominio legítimamente adquirido.

5.° Los convenios y transacciones celebradas entre los interesados á consecuencia de lo dispuesto en la ley de 19 de Junio de 1835, tendrán cumplido efecto.

Tendreislo entendido y dispondreis lo necesario á su cumplimiento. Está rubricado de la real mano. En Palacio á 30 de Agosto de 1836.—A D. José Landero.»

SUPRESION DE VINCULACIONES.

Las Córtes, despues de haber observado todas las formalidades prescritas por la Constitucion, han decretado lo siguiente:

Artículo 1.° Quedan suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualquiera otra especie de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros ó de cualquiera otra naturaleza, los cuales se restituyen desde ahora á la clase de absolutamente libres.

Art. 2.° Los poseedores actuales de las vinculaciones suprimidas en el artículo anterior, podrán desde luego disponer libremente como propios de la mitad de los bienes en que aquellas consistieren; y despues de su muerte pasará la otra mitad al que debia suceder inmediatamente en el mayorazgo, si subsistiese, para que pueda tambien disponer de ella libremente como dueño. Esta mitad, que se reserva al sucesor inmediato, no será nunca responsable á las deudas contraidas ó que se contraigan por el poseedor actual.

Art. 3.° Para que pueda tener efecto lo dispuesto en el artículo precedente, siempre que el poseedor actual quiera enajenar el todo ó parte de la mitad de sus bienes vinculados hasta ahora, se hará formal tasacion y division de todos ellos con rigurosa igualdad y con intervencion del sucesor inmediato; y si éste fuese desconocido ó se hallase bajo la patria potestad del poseedor actual, intervendrá en su nombre el procurador síndico del pueblo donde resida el poseedor, sin exigir por esto derechos ni emolumento alguno. Si faltasen los requisitos expresados, será nulo el contrato de enajenacion que se celebre.

Art. 4.° En los fideicomisos familiares, cuyas rentas se dis-

tribuyen entre los parientes del fundador, aunque sean de líneas diferentes, se hará desde luego la tasacion y repartimiento de los bienes del fideicomiso entre los actuales perceptores de las rentas á proporcion de lo que perciban y con intervencion de todos ellos; y cada uno, en la parte de bienes que le toque, podrá disponer libremente de la mitad, reservando la otra al sucesor inmediato para que haga lo mismo, con entero arreglo á lo prescrito en el art. 3.°

Art. 5.° En los mayorazgos, fideicomisos ó patronatos electivos cuando la eleccion es absolutamente libre, podrán los poseedores actuales disponer desde luego como dueños del todo de los bienes; pero si la eleccion debiere recaer precisamente entre personas de una familia ó comunidad, dispondrán los poseedores de solo la mitad, y reservarán la otra para que haga lo propio el sucesor que sea elegido, haciéndose con intervencion del procurador síndico la tasacion y division prescrita en el artículo 3.°

Art. 6.° Así en el caso de los dos precedentes artículos como en el del 2.°, se declara que en las provincias ó pueblos en que por fueros particulares se halla establecida la comunicacion en plena propiedad de los bienes libres entre los cónyuges, quedan sujetos á ella de la propia forma los bienes hasta ahora vinculados, de que como libres puedan disponer los poseedores actuales, y que existan bajo su dominio cuando fallezcan.

Art. 7.° Las cargas, así temporales como perpétuas, á que estén obligados en general todos los bienes de la vinculacion sin hipoteca especial, se asignarán con igualdad proporcionada sobre las fincas que se repartan y dividan, conforme á lo que queda prevenido, si los interesados, de comun acuerdo, no prefiriesen otro medio.

Art. 8.° Lo dispuesto en los artículos 2.°, 3.°, 4.° y 5.° no se entiende con respecto á los bienes hasta ahora vinculados, acerca de los cuales penden en la actualidad juicios de incorporacion ó reversion á la nacion, tenuta, administracion, posesion, propiedad, incompatibilidad, incapacidad de poseer, nulidad de la fundacion ó cualquiera otro que ponga en duda el derecho de los poseedores actuales. Estos en tales casos ni los que le sucedan no podrán disponer de los bienes hasta que en última instancia se determinen á su favor en propiedad los juicios pendientes, los cuales deben arreglarse á las leyes dadas hasta este dia ó que se dieren en adelante. Pero se declara, para evitar dilaciones maliciosas, que si el que perdiese el pleito de posesion

ó tenuta, no entablase el de propiedad dentro de cuatro meses precisos, contados desde el dia en que se le notificó la sentencia, no tendrá despues derecho para reclamar, y aquél en cuyo favor se hubiese declarado la tenuta ó posesion será considerado como poseedor en propiedad, y podrá usar de las facultades concedidas por el artículo 2.°

Art. 9.° Tambien se declara que las disposiciones precedentes no perjudican á las demandas de incorporacion y reversion que en lo sucesivo deben instaurarse, aunque los bienes vinculados hasta ahora hayan pasado como libres á otros dueños.

Art. 10. Entiéndase del mismo modo, que lo que queda dispuesto es sin perjuicio de los alimentos ó pensiones que los poseedores actuales deban pagar á sus madres, viudas, hermanos, sucesor inmediato ú otras personas con arreglo á las fundaciones, ó á convenios particulares ó á determinaciones en justicia. Los bienes hasta ahora vinculados, aunque pasen como libres á otros dueños, quedan sujetos al pago de estos alimentos ó pensiones miéntras vivan los que en el dia los perciben, ó miéntras conserven el derecho de percibirlos, excepto si los alimentistas son sucesores inmediatos, en cuyo caso dejarán de disfrutarlos luégo que mueran los poseedores actuales. Despues cesarán las obligaciones que existan ahora de pagar tales pensiones y alimentos; pero se declara que si los poseedores actuales no invierten en los expresados alimentos y pensiones la sexta parte líquida de las rentas del mayorazgo, están obligados á contribuir con lo que quepa en ella para dotar á sus hermanas y auxiliar á sus hermanos, con proporcion á su número y necesidades; é igual obligacion tendrán los sucesores inmediatos por lo respectivo á la mitad de los bienes que se les reservan.

Art. 11. La parte de renta de las vinculaciones, que los poseedores actuales tengan consignada legítimamente á sus mujeres para cuando queden viudas, se pagará á estas miéntras deban percibirla, segun la estipulacion, satisfaciéndose la mitad á costa de los bienes libres que deje su marido, y la otra mitad por la que se reserva al sucesor inmediato.

Art. 12. Tambien se debe entender, que las disposiciones precedentes no obstan para que en las provincias ó pueblos en que por fuero particular se sucedan los cónyuges uno á otro en el usufructo de las vinculaciones por vía de viudedad, lo ejecuten así los que en el dia se hallan casados, por lo relativo á los bienes de la vinculacion que no hayan sido enajenados

cuando muera el cónyuge poseedor; pasando despues al sucesor inmediato la mitad íntegra que le corresponde, segun queda prevedido.

Art. 13. Los títulos, prerrogativas de honor, y cualesquiera otras preeminencias de esta clase, que los poseedores actuales de vinculaciones disfruten como anejas á ellas, subsistirán en el mismo pié y seguirán el órden de sucesion prescrito en las concesiones, escrituras de fundacion ú otros documentos de su procedencia. Lo propio se entenderá, por ahora, con respecto á los derechos de presentar para piezas eclesiásticas ó para otros destinos, hasta que se determine otra cosa. Pero si los poseedores actuales disfrutasen de dos ó más grandezas de España, ó títulos de Castilla, y tuviesen más de un hijo, podrán distribuir entre éstos las expresadas dignidades, reservando la principal para el sucesor inmediato.

Art. 14. Nadie podrá en lo sucesivo, aunque sea por vía de mejora ni por otro título ni pretexto, fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía, ni vinculacion alguna sobre ninguna clase de bienes ó derechos, ni prohibir directa ó indirectamente su enajenacion. Tampoco podrá nadie vincular acciones sobre bancos ú otros fondos extranjeros.

Art. 15. Las Iglesias, Monasterios, Conventos y cualesquiera comunidades eclesiásticas, así seculares como regulares, los hospitales, hospicios, casas de misericordia y de enseñanza, las cofradías, hermandades, encomiendas y cualesquiera otros establecimientos permanentes, sean eclesiásticos ó laicales, conocidas con el nombre de *manos muertas*, no puedan desde ahora en adelante adquirir bienes algunos raíces ó inmuebles en provincia alguna de la monarquía, ni por testamento ni por donacion, compra, permuta, decomiso en los censos enfitéuticos, adjudicacion en prenda pretoria ó en pago de réditos vencidos, ni por otro título alguno sea lucrativo ú oneroso.

Art. 16. Tampoco pueden en adelante las *manos muertas* imponer ni adquirir por título alguno capitales de censo de cualquiera clase impuestos sobre bienes raíces, ni impongan ni adquieran tributos ni otra especie de gravámen sobre los mismos bienes, ya consista en la prestacion de alguna cantidad de dinero ó de cierta parte de frutos, ó de algun servicio á favor de la *mano muerta*, ó ya en otras responsiones anuales. Lo cual presentan las Córtes á S. M. para que tenga á bien dar su sancion. Madrid 27 de Setiembre de 1820. (Se publicó en las Córtes en 11 de Octubre siguiente.)—El conde de Toreno, presidente.

—Juan Manuel Subrié, diputado secretario.—Marcial Antonio Lopez, diputado secretario.

ACLARACIONES.

Las Córtes, despues de haber observado todas las formalidades prescritas por la Constitucion, han decretado lo siguiente para facilitar la ejecucion y cumplimiento de la ley de 27 de Setiembre del año próximo pasado.

Artículo 1.° El poseedor actual de bienes que estuvieren vinculados podrá enajenar los que equivalgan á la mitad ó ménos de su valor sin próvia tasacion de todos ellos, obteniendo el consentimiento del siguiente llamado en órden. Prestado el consentimiento por el inmediato, no tendrá accion alguna cualquiera otro que pueda sucederle legalmente para reclamar lo hecho y ejecutado por virtud del convenio de su predecesor.

Art. 2.° Si el inmediato fuese desconocido ó se hallase bajo la patria potestad del poseedor actual, deberá prestar el consentimiento el síndico procurador del lugar donde resida el poseedor, con arreglo al art. 3.° del decreto de 27 de Setiembre, cuyo consentimiento prestarán igualmente por sus pupilos y menores los tutores y curadores, quienes para el valor de este acto y salvar su responsabilidad, cumplirán con las formalidades prescritas por las leyes generales del reino cuando se trata de un negocio de huérfanos y menores.

Art. 3.° En el caso de que se oponga al consentimiento para la venta el siguiente llamado en órden y los tutores ó síndicos, tratándose de la enajenacion íntegra de la mitad de los bienes, se cumplirá con la tasacion general que prescriba la ley de 27 de Setiembre; pero si sólo se pretendiese vender una ó más fincas cuyo valor no alcance á la mitad y hubiera igualmente oposicion, podrá el poseedor ocurrir á la autoridad local, y comprobado que en el valor de otra ú otras queda más de la mitad que le es permitido enajenar, se autorice la venta por el juez y se proceda desde luego á ella. Lo cual presentan las Córtes á S. M. para que tenga á bien darle su sancion. Madrid 19 de Junio de 1821.—José María Moscoso de Altamira, presidente.—Francisco Fernandez Casco, diputado secretario.—Juan del Valle, diputado secretario.

Palacio 28 de Junio de 1821.—Publíquese como ley.—Fernando.—Como secretario del Estado y del despacho de Gracia y Justicia, D. Vicente Cano Manuel.

Excmo. señor: El capitan de navío retirado D. Andrés Fernandez de Viedma, vecino de Jaen, ocurrió á las Córtes pidiendo permiso para disponer del total de la vinculacion que posee, mediante á no tener sucesor conocido dentro del cuarto ni quinto grado: y en atencion á que si se llegase á verificar su fallecimiento ántes de averiguarse quién hubiese de serlo en cada una de dichas vinculaciones, resultarian tantos pleitos cuanto es el número de éstas; y en vista de dicha exposicion, se han servido conceder al citado D. Andrés Fernandez de Viedma el permiso que solicita, con la calidad de suplir la dificultad que presenta la prueba negativa de no tener sucesores legítimos por medio de una informacion de testigos que aseguren quedar por muerte del dicho de Viedma, reducidos sus bienes á la clase de mostrencos; fijándose edictos por el término de dos años, de ocho en ocho meses, tanto en el pueblo de dicho poseedor como en los lugares donde se hallan sitos los bienes amayorazgados, y en la capital del reino, con el fin de que se publiquen en la *Gaceta* ministerial y otros papeles públicos que el Juez de primera instancia, ante quien deba seguirse esta causa, gradúe por convenientes, y citándose y emplazándose á los que se juzguen con derecho á suceder para que comparezcan por sí ó por sus apoderados dentro del citado término, con apercibimiento de que pasado éste se procederá á la declaracion de ser libres los referidos bienes y que el actual poseedor podrá disponer de ellos como mejor fuese su voluntad, segun se ha practicado y practica en causas de mostrencos, vacantes y abintestatos. Cuya resolucion quieren las Córtes sea general para todos los poseedores de vinculaciones que se hallen en iguales circunstancias. Y de acuerdo de las mismas lo comunicamos á V. E. para noticia de S. M. y los efectos ulteriores. Dios guarde á V. E. muchos años. Madrid 15 de Mayo de 1821.—Estanislao Peñafiel, diputado secretario.—Juan del Valle, diputado secretario.—Señor secretario de Estado y del despacho de Gracia y Justicia.

Excmo. señor: Habiendo acudido á las Córtes el duque de San Lorenzo en solicitud de que en atencion á lo prolija y costosa que sería la tasacion y division de todos sus bienes vinculados para separar la mitad vendible con intervencion del inmediato sucesor, conforme al art. 3.º de la ley de 12 de Octubre del año próximo pasado, se le autorice por medio de una aclaracion general, ó de una dispensa particular, para vender algunas fincas, conocidamente inferiores en su valor al de la mitad disponible; las Córtes se han servido declarar que el du-

que de San Lorenzo, conforme al espíritu de la ley de 12 de Octubre citada, está habilitado para enajenar una parte de sus mayorazgos que sea notoriamente inferior á la mitad del valor de ellos, haciéndose designacion de las fincas y la tasacion de las que se proponga vender, con intervencion del sucesor inmediato, para que á su tiempo pueda lo vendido imputarse en la mitad que queda disponible al poseedor. De acuerdo de las Córtes lo comunicamos á V. E. para noticia de S. M. y los efectos convenientes. Dios guarde á V. E. muchos años. Madrid 19 de Mayo de 1821.

Las Córtes generales del reino, despues de haber examinado con el debido detenimiento, y observado todos los trámites y formalidades prescritas, el asunto sobre reintegro como compradores de bienes vinculados que se enajenaron á virtud del decreto de las Córtes de 1820, que por órden de S. M., y conforme con lo prevenido en los artículos 30 y 33 del Estatuto Real, se sometió á su exámen y deliberacion, presentan respetuosamente á V. M. el siguiente proyecto de ley para que V. M. se digne, si lo tuviere á bien, darle la sancion real.

Artículo 1.° Los compradores de bienes vinculados que se enajenaron en virtud del decreto de las Córtes de 27 de Setiembre de 1820, si no hubiesen sido ya reintegrados, lo serán en el modo que expresan los artículos siguientes.

Art. 2.° Los compradores de bienes vinculados que no han llegado á desprenderse de ellos, queden asegurados en su pleno dominio.

Art. 3.° Los compradores de dichos bienes que hubiesen devuelto á virtud de la real cédula de 11 de Marzo de 1824, tienen derecho á percibir íntegro el precio por el que les habian adquirido con el rédito de un 3 por 100 á contar del dia de la devolucion.

Art. 4.° Están en el caso de los artículos anteriores los compradores de bienes que, habiendo pertenecido á vinculaciones, pasaron por testamento ú otro título lucrativo á manos de los vendedores.

Art. 5.° El poseedor actual del vínculo al que fueron devueltos los bienes puede conservarlos entregando al comprador el precio de la venta y los réditos que le correspondan dentro del término de un año, contado desde la promulgacion de la presente ley, agregando los intereses del período que trascurra hasta que la entrega se haga efectiva. Pero dentro de setenta dias de como sea requerido el poseedor por el comprador

ó sus herederos á que elija entre quedarse con la finca ó reintegrar su importe, deberá hacer esta eleccion; y no haciéndola en dicho tiempo, podrán ejercer aquellos los derechos que les concede el art. 3.º Si el poseedor de la finca eligiese entregarla, pasará desde luego á manos del comprador para que la disfrute como dueño, abandonando empero los adelantos que aquél hubiese hecho por razon del cultivo.

Art. 6.º Los réditos de que hablan los artículos anteriores se reclamarán del poseedor actual de la finca por el tiempo que la hubiere disfrutado, quedando á salvo el derecho del comprador para repetir el completo de aquellos contra los que hubiesen poseido ó sus herederos.

Art. 7.º El poseedor actual, ya sea el vendedor ó el inmediato sucesor, ya sea un tercero que en uso del art. 5.º reintegrase al comprador con fondos propios el precio de los bienes, como igualmente aquel que, no siendo vendedor ni sucesor inmediato en la venta, lo hubiesen ya verificado, quedan autorizados para considerarse como libres dichos bienes.

Art. 8.º No entregando dentro del término de un año el poseedor del vínculo las cantidades que corresponden al comprador, se trasmite á éste el pleno dominio de los bienes, y ademas podrá entablar contra las personas que expresa el art. 6.º las reclamaciones relativas á réditos hasta el percibo de los que le correspondan.

Art. 9.º En las permutas de bienes vinculados en que hubo sobreprecio de parte de aquellos que lo recibieron, tendrán los contratantes los mismos derechos que se conceden por esta ley á los compradores.

Art. 10. Las mejoras y los deterioros deben abonarse recíprocamente por compradores y vendedores con arreglo á derecho.

Art. 11. Si el comprador de los bienes hubiese celebrado alguna avenencia con el vendedor ó con el sucesor inmediato que intervino en la venta sobre el reintegro del capital, no tendrán más derecho que el de exigir su cumplimiento, á no ser que justifique haber intervenido lesion en más de la mitad, lo cual podrá reclamar, como tambien los réditos que le hayan correspondido y de que no estuviese reintegrado al tiempo de tener cumplido efecto la avenencia.

Art. 12. Para el cobro de los intereses de que habla el artículo anterior, servirá siempre de base la cantidad en que consistió el precio de la venta.

Art. 13. Quedan en su fuerza y vigor las ejecutorias sobre abono de mejoras y de deterioros.

Art. 14. Quedan asimismo vigentes las sentencias ó fallos judiciales en que se haya declarado que el comprador recobró su capital por medio de la retencion.

Art. 15. Sin embargo, tendrá derecho el dicho comprador á reclamar de los respectivos poseedores de los bienes los intereses devengados hasta el dia de la devolucion, rebatiendo el importe de los prorateos de cada uno.

Art. 16. El comprador que hubiese devuelto los bienes, en concepto de haberes, reintegrado ya del precio de la venta por medio de la retencion de ellos y aprovechamiento de sus productos, tiene derecho á reclamar los intereses de su capital por los años trascurridos para su total realizacion, hecha en cada uno de la deduccion correspondiente por la parte de capital ya percibida. Son responsables á este abono el poseedor ó poseedores que han disfrutado los bienes despues de la devolucion y tambien sus herederos.

Art. 17. Si los bienes hubiesen pasado á terceros poseedores en concepto de libres con la competente real facultad, la reclamacion del comprador se dirigirá contra la finca ó bienes subrogados, si los hubiese, ó contra los del vínculo que fueron separados ó mejorados con el producto de los que se enajenaron: en defecto de uno y otro, contra los bienes del que los desmembró y sus herederos, ó contra los restantes bienes de la vinculacion, que se consideran libres para este efecto.

Art. 18. En el caso de que la finca ó bienes hayan recobrado su libertad por caducidad del vínculo, la reclamacion del comprador quedará expedita, no sólo contra los bienes libres del último poseedor ó sus herederos, sino tambien contra los demas bienes que eran del vínculo, áun cuando hubiesen pasado al fondo de mostrencos.

Art. 19. A los actuales poseedores de fincas ó de bienes de los vínculos, contra quienes se dirijan las reclamaciones á que dieren lugar los artículos anteriores, les queda á salvo su derecho para repetir contra los bienes libres del poseedor que vendió, si éste consumió el precio ó lo invirtió en su provecho y no en beneficio de la vinculacion.

Art. 20. Las disposiciones de esta ley serán aplicables á los que en la misma época redimieron censos, cuyos capitales pertenecian á vinculaciones, para que sean reintegrados, si ya no lo hubiesen sido, del capital con que redimieron y de los réditos

desde que, por haberse reputado insubsistentes las redenciones, se les volvieron á exigir los de los censos.

Art. 21. En las obligaciones con hipoteca especial y en las demas enajenaciones hechas en la citada época por título oneroso, se observarán para el resarcimiento las mismas reglas que con respecto á los compradores quedan establecidas en los precedentes artículos.

Sanciono y ejecútese.—Yo la Reina Gobernadora.—Está rubricado de la real mano.—En Aranjuez á 6 de Junio de 1835.—Como secretario de Estado y del despacho universal de Gracia y Justicia de España é Indias, Juan de la Dehesa.

Por tanto, mando y ordeno que se guarde, cumpla y ejecute la presente ley como ley del reino, promulgándose con la acostumbrada solemnidad, para que ninguno pueda alegar ignorancia, y ántes bien sea de todos acatada y obedecida.

Tendreislo entendido y dispondreis lo necesario á su cumplimiento.—Está rubricado de la real mano.—En Aranjuez á 9 de Junio de 1835.—A D. Juan de la Dehesa.

A consecuencia de lo prevenido en el art. 4.° del Real decreto de 30 de Agosto de 1836, se ha publicado la ley siguiente sobre vinculaciones:

Doña Isabel II, por la gracia de Dios y la Constitucion de la monarquía española, Reina de las Españas, y en su real nombre D. Baldomero Espartero, duque de la Victoria y de Morella, regente del reino, á todos los que la presente vieren y entendieren, sabed: Que las Córtes han decretado, y Nos sancionamos lo siguiente:

Artículo 1.° Las leyes y declaraciones de la anterior época constitucional sobre supresion de mayorazgos y otras vinculaciones que están válidamente en observancia desde 30 de Agosto de 1836, en que fueron restablecidas, continuarán en vigor en la Península é islas adyacentes.

Art. 2.° Es válido y tendrá cumplido efecto todo lo que se hizo en virtud y conformidad de dichas leyes y declaraciones desde que se expidieron hasta 1.° de Octubre de 1823. Serán respetados y se harán efectivos los derechos que en aquel período se adquiriesen por lo establecido en las mismas, del modo que se expresará en los artículos siguientes.

Art. 3.° Los bienes vinculados correspondientes á la mitad de que pudieran disponer los poseedores, y cuyo dominio trasfirieron á otros por cualquier título legítimo, ya oneroso, ya lucrativo, se devolverán á los que los adquirieron, ó á sus here-

deros en su caso, si la traslacion se hizo con los requisitos y formalidades prevenidas en las citadas leyes y declaraciones, y los adquirentes no han recibido ya su valor ó equivalencia.

Art. 4.° Si los que á virtud de esta ley deben recobrar bienes amayorazgados que por título lucrativo adquirieron desde 11 de Octubre de 1820 hasta 1.° del mismo de 1823, ó entrar en posesion de ellos, hubiesen recibido con posterioridad á este último dia algunas cantidades por vía de dote ú otra cosa cualquiera con arreglo á las respectivas fundaciones, ó en virtud de pactos celebrados entre los poseedores anteriores y sus inmediatos, quedan obligados al abono de la mitad de la suma en que consistan, debiendo recibirla en cuenta de lo que les corresponda.

Las pensiones alimenticias dadas al imediato sucesor y á los hermanos del poseedor en virtud de la fundacion, no están comprendidas en la disposicion de este artículo.

Art. 5.° Recobrarán su fuerza y se harán tambien efectivos los contratos que celebraron los referidos poseedores desde 11 de Octubre de 1820 hasta 1.° de igual mes de 1823, con respecto á la enajenacion, hipoteca ú obligacion de la mitad de los bienes de que podian disponer.

Art. 6.° Se entregarán á los herederos testamentarios, ó legítimos de los mismos poseedores y á los legatarios, los bienes que respectivamente les correspondieran de la mencionada mitad, si dichos poseedores fallecieron antes de 1.° de Octubre de 1823.

Art. 7.° Las disposiciones de los artículos que anteceden son aplicables á la otra mitad de los bienes vinculados reservada á los inmediatos sucesores, si adquirieron el derecho de disponer de ella por fallecimiento del anterior poseedor ocurrido antes de 1.° de Octubre de 1823.

Art. 8.° Los que en virtud de esta ley deseen recobrar bienes de que fueron privados por lo dispuesto en el real decreto de 1.° de Octubre de 1823 y cédula de 11 de Marzo de 1824, ó entrar en posesion de los que, con arreglo á la ley de 11 de Octubre de 1820, les correspondieron, no tienen accion para reclamar los frutos y rentas de los mismos bienes producidos desde 1.° de Octubre de 1823 hasta la publicacion de esta ley.

Art. 9.° Los poseedores en 11 de Octubre de 1820 que fallecieron desde 1.° de Octubre de 1823 hasta 30 de Agosto de 1836, no trasfirieron derecho alguno para suceder en los bienes que se reputaban durante este último período como vinculados.

Art. 10. Los que desde 11 de Octubre de 1820 hasta 1.° del mismo mes de 1823 sucedieron en bienes que habian sido vinculados y fallecieron desde este último dia hasta el 30 de Agosto de 1836, no trasmitieron por sucesion testada ni intestada derecho de suceder en los bienes que á su fallecimiento estaban considerados como vinculados.

Esto no se entiende con los herederos de los que habian adquirido bienes vinculados por compras ó cualquiera otro contrato durante el citado período desde 11 de Octubre de 1820 á 1.° del mismo mes de 1823.

Art. 11. Se declaran válidas y subsistentes las enajenaciones de bienes vinculados que se hayan hecho desde 1.° de Octubre de 1823 hasta 30 de Agosto de 1836, en virtud de facultad real y con las formalidades prescritas por derecho. El producto de las ventas que no se hayan empleado en mejora ó beneficio de la vinculacion, se imputará al vendedor en la parte de ésta que le corresponde como libre.

Art. 12. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior las enajenaciones de aquellos bienes que específica y determinadamente pueden recobrar otros interesados en virtud de esta ley. Si éstos los hubiesen adquirido por título oneroso, los recobrarán indemnizándose al comprador posterior de los otros bienes existentes en las vinculaciones, y si el título hubiese sido lucrativo, los retendrán los que con facultad real los hayan adquirido, indemnizándose al que debiera recobrarlos de los demas bienes de las vinculaciones.

Art. 13. Tambien se declararán válidas y subsistentes las adquisiciones que hayan hecho las vinculaciones por permuta, subrogacion ú otro título, y los bienes así adquiridos se considerarán en el mismo caso que los demas que las componian.

Art. 14. Los contratos y transacciones que se hayan celebrado en consecuencia de la ley de 9 de Junio de 1835, las ejecutorias dictadas en su virtud y lo que se haya practicado en cumplimiento de la misma, se guardará y cumplirá en todas sus partes.

Art. 15. Los poseedores de las fincas vinculadas y los dueños de las que debian entregarse en cumplimiento de esta ley, podrán reclamarse mútuamente con arreglo á derecho los desperfectos ó mejoras de las mismas desde 1.° de Octubre de 1823 hasta la promulgacion de esta ley.

Art. 16. Los viudos y viudas de poseedores de vínculos ó mayorazgos, sea la que quiera la época en que se hubieren ca-

sado, no tendrán derecho á otras consignaciones alimenticias que las que resulten de promesas y convenios celebrados con arreglo á derecho en capitulaciones matrimoniales ó en otros instrumentos legalmente otorgados, y esto con la disminucion que se expresará en el art. 18.

Art. 17. Los dichos poseedores, y en su caso los sucesores inmediatos, áun teniendo herederos forzosos, podrán consignar á sus mujeres ó maridos por escritura pública ó por testamento y en concepto de viudedad, hasta la cuarta parte de la renta de la mitad de los bienes, cuya libre disposicion han adquirido.

Art. 18. Las consignaciones de viudedad en virtud de facultad competente concedida desde 1.° de Octubre de 1823, y ántes del 30 de Agosto de 1836, tendrán su debido cumplimiento, siendo responsables á él los bienes que existian en las vinculaciones al tiempo de concederse la facultad, ménos los que deban entregarse á otros interesados en virtud de esta ley; pero cuando haya esta disminucion, se disminuirá proporcionalmente la cantidad consignada.

Art. 19. Lo mismo se entenderá con respecto á las consignaciones de alimentos que los actuales poseedores deben pagar á los sucesores inmediatos ú otras personas con arreglo á las fundaciones, pactos ó fallos de los tribunales.

Art. 20. Quedan derogadas, en cuanto sean contrarias á esta ley, la de 9 de Junio de 1835 y cualesquiera otras órdenes ó decretos.

Por lo tanto, mandamos á todos los tribunales, justicias, jefes, gobernadores y demas autoridades, así civiles como militares y eclesiásticas de cualquiera clase y dignidad que sean, guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar la presente ley en todas y en cada una de sus partes.

Tendréislo entendido para su cumplimiento, y dispondreis se imprima, publique y circule.—El duque de la Victoria.—En Madrid á 19 de Agosto de 1841.—A D. José Alonso.

COMENTARIO A LAS LEYES DESVINCULADORAS.

1. No crea el lector que nuestra osadía llega á tanto. Despues que el gran Pacheco escribió sus comentarios á estas mismas leyes, habiendo hecho cuatro ediciones, nuestro trabajo sería descolorido por más que pudiéramos darle alguna novedad enumerando muchos casos prácticos, supuesto que esos treinta

y seis años de la existencia de esas leyes son los que contamos en nuestra práctica y en el ejercicio de esta noble profesion, en que hemos sido tan afortunados, ya aplicando las leyes vinculares, ya interpretando esas mismas disposiciones modernas en la mayor parte de los casos, como los interpreta Pacheco, ya ayudándonos á la vez el gran libro del Sr. Ortiz de Zúñiga, que ya hemos citado, y sobre todo la coleccion de sentencias del Supremo Tribunal. A ellas debe acudir el jurista principalmente si quiere hacer alguna aplicacion. Si el caso se refiere á la perpetuidad de la institucion vincular, y por lo tanto á la enajenacion de los bienes y el órden sucesorio, encontrará abundante materia en los fallos del Supremo Tribunal de 21 de Octubre de 1862, 3 de Junio de 1863, 26 de Mayo y 12 de Junio de 1865 y 29 de Mayo de 1866. Si se trata de la obligacion de conservar y restituir los bienes vinculados al siguiente en órden, no hay más que acudir á la sentencia de 7 de Mayo de 1866.

No siempre el Supremo Tribunal calificó ciertas instituciones como vinculares. Y citaremos, para ello, un ejemplo: el del fideicomiso. Si tenía llamamiento perpétuo era una verdadera vinculacion, segun la sentencia de 30 de Diciembre de 1865. Si no existia ni esa perpetuidad en los llamamientos ni esa prohibicion de disponer de los bienes, entónces no habia vinculacion, segun lo declaró el Supremo Tribunal en 9 de Mayo de 1863 y 10 de Enero de 1868, y todavía expresó más terminantemente esta opinion en los autos definitivos de 21 de Octubre de 1862, 27 de Marzo y 29 de Setiembre de 1865. Todavía comprenden casos más concretos las sentencias de 19 de Febrero de 1866 y 21 de Diciembre de 1867, declarando que es inaplicable la ley de 11 de Octubre de 1820, tratándose de fideicomisos temporales y enajenables.

Al recorrer y estudiar las expresadas sentencias sobre fideicomisos temporales, nos hemos acordado de la venturosa nacion inglesa que, con sola esta institucion, conserva su aristocracia, una de las bases esenciales de aquel gobierno modelo. En nuestras ilusiones hemos creido que aquí hubiéramos podido imitar á tan ilustrado pueblo; la reflexion bien pronto nos ha hecho recordar que no tenemos semejanza alguna con el pueblo anglosajon, que ante todo y sobre todo respeta al gobierno constituido. Nuestro carácter levantisco lo ménos que se permite es burlarse de la autoridad, como no se levanten armas contra ella.

2. Pero volvamos á las sentencias del Tribunal Supremo sobre vinculacion. Sobre esa misma materia de si existia ó no

existia verdadera vinculacion, pueden verse las sentencias de 7 de Octubre de 1847, 21 de Enero de 1851, 2 de Enero de 1852, 11 de Octubre de 1854, 26 de Junio de 1857, 16 de Noviembre de 1860, 21 de Octubre de 1862, 27 de Febrero de 1865 y 9 de Febrero de 1866.

Tambien podríamos citar otros muchos fallos referentés á la aplicacion de la ley de Cárlos III, ó sea de la Real cédula de 14 de Mayo de 1789, que prohibia vincular sin real licencia. Mas si tal hiciéramos, mereceríamos la más grave censura metiéndonos á comentadores de leyes recopiladas que ya tampoco están en uso ni vigentes.

Sí creemos hacer un servicio recomendando al lector lo último que sobre esta materia se ha escrito sobre jurisprudencia práctica relativa á los mayorazgos, títulos de Castilla y señoríos. Son dignos de estudiarse los capítulos de la obra del señor Zúñiga que trata de los modos de probar la existencia de los mayorazgos y vinculaciones, calificacion de ser ó no ciertos bienes libres ó vinculados, cuáles han sido los principios capitales que han regulado la sucesion de los mayorazgos, á quiénes se deben adjudicar los bienes vinculados, faltando sucesores, segun los llamamientos; quiénes se entienden por actuales poseedores y por sucesores inmediatos para los efectos de la ley; cuáles son los derechos de los poseedores actuales y de los inmediatos segun las leyes desvinculadoras; qué requisitos necesita el poseedor para disponer de su mitad libre; cómo se trasmiten los derechos de los actuales poseedores y de los inmediatos sucesores; cuándo ha lugar á la reivindicacion de los bienes que fueron vinculados; cómo se trasmiten los títulos de Castilla y las demas dignidades, y por último, en qué tiempo y cómo se abolieron los señoríos jurisdiccionales, y cuándo el Estado tiene derecho á incautarse de los territoriales. Setenta y cinco páginas escribe el Sr. Zúñiga en su tomo primero para tratar de estas delicadas materias, que ya en realidad no son objeto de debate, porque el mayorazgo es una cosa que pertenece á la historia. Hemos asistido á la agonía de esta institucion, que ya está completamente enterrada, por más que esas leyes vinculares hayan dejado los títulos nobiliarios de la antigua nobleza, y lo que es más chocante, aún se están haciendo nuevas concesiones por la escuela democrática para probar una vez más que todas sus teorías son una pura mentira.

3. Para concluir esta materia, y como verdadero y único corolario de esas leyes, de las sentencias pronunciadas por el

Supremo Tribunal y de las citadas obras de Pacheco y Ortiz de Zúñiga, diremos que hoy, en 1873, cuentan esas leyes desvinculadoras con *treinta y tres años* de existencia, y que en ese largo período han sido ya *prescriptos* todos los derechos y todas las acciones para reclamar bienes de mayorazgos, segun doctrina del mismo Supremo Tribunal. Exceptuamos con todo algun raro caso sobre derechos de inmediacion, y dejamos tambien á salvo los vinculares sobre los títulos de duques, condes y marqueses, que podrán llevar en adelante las clases más pobres de la sociedad, porque bien puede ser el más infeliz de los obreros descendiente de aquellas personas, y que en vez de confundirse con sus compañeros de trabajo, ostente sus pergaminos porque la ley ridículamente los ha querido reservar.

LEY CUATRIGESIMASÉTIMA.

(L. 8.ª, tít. 1.°, lib. V de la Rec., y L. 3.ª, tít. 5.°, lib. X de la Nov.)

«El fijo ó fija casado é velado sea habido por emancipado en todos las cosas para siempre.»

COMENTARIO.

1. Si se registran las obras de los comentaristas de estas leyes, se notará que en la mayor parte de ellas se explican los modos y maneras de emancipar á los hijos, tanto por la legislacion romana, como por la española, sin elevarse á las altas consideraciones que merece la gran institucion del matrimonio, base fundamental de la familia, sin la que no hay sociedad ni patria, ni civilizacion, ni riqueza, ni nada. Bueno es que se hable de los medios ó modos por los que los hijos de familia adquirian libertad é independencia colocando en primer lugar la muerte natural, que rompe todos los vínculos, la capitis disminucion máxima y media, que era la imposicion de penas al padre, la adquisicion de dignidades por el hijo, y por último, la emancipacion, la cual depende exclusivamente de la voluntad del jefe de la familia.

2. Toda esta doctrina es excelente para que los tratadistas romanos se engolfen en la explicacion del modo y manera como el pueblo-rey, desde la tiranía paterna fué descendiendo y relajando esos vínculos á medida que el cristianismo hacia progresos y mejoraba la situacion de la mujer y de los hijos. Queremos, sí, que el jurista español estudie derecho romano, porque es la fuente pura donde hemos bebido las buenas doctrinas de derecho civil; pero no aconsejamos que toda la ciencia se

quiera adquirir en esos libros, y ménos tratándose de aquellos asuntos en que necesariamente ha de ser distinta la legislacion, porque es muy diversa tambien la sociedad y su modo de existir.

3. Al comentar esta ley, es preciso extender la vista á más vastos horizontes. En buen hora que sea objeto de la crítica desde la ley que concedia al ciudadano romano el derecho de vida y muerte sobre sus hijos, hasta descender despues al análisis de la ley *Papia Popea de Mearitandis ordinibus* recorriendo luego rápidamente la legislacion de Justiniano como lo ejecuta Heineccio en sus recitaciones, tít. 12.°, párrafo 193 y siguientes. Todo esto nos descubrirá que la Roma republicana cimentó su poder en leyes despóticas, cuales no se conocieron en ningun pueblo antiguo; pero ese despotismo no era en favor de una persona, sino de todos los ciudadanos, que representaban una casa y un hogar, sin perjuicio de que los mismos fueran luego parte integrante y clientela de otro superior que formaba en la clase más privilegiada. Esta gradacion y cohesion pudo ser buena para pueblos antiguos y conquistadores. Sin duda dió fabulosos resultados y hasta creó rígidas y severas costumbres. Hoy no podria soportarse en el hogar doméstico la aplicacion de la más suave de las leyes romanas.

4. Y no es porque en nuestra legislacion no se encuentren grandes vestigios de los extensos derechos que se otorgaron á la patria potestad. Basta leer el título 18.° de la Partida IV, y allí hallará el curioso muchas resoluciones del modo de concluirse la dependencia de los hijos adquiriendo su absoluta libertad. En el Fuero Real, lib. I, tít. 11.°, ley 8.ª, y en el Ordenamiento Real, lib. IV, tít. 11.°, ley 3.ª, se leen tambien disposiciones referentes á los derechos y deberes de los hijos para con los padres y al dominio que los últimos tuvieron sobre los primeros en la Edad Media. No era la esclavitud romana ni el derecho de vida y muerte, pero sí se descubria de dónde tomaba orígen el poderío de los padres.

5. Contra la opinion de muchos autores, creemos que la ley 47.ª de Toro no se promulgó para aumentar los medios de librarse los hijos de la patria potestad de los padres. La ley tuvo otro objeto, y éste fué disminuir los matrimonios clandestinos, que en aquellos tiempos llegaron á ser numerosos, y que, en union del concubinato, traian necesariamente perturbada á la sociedad, relajando en demasía las costumbres.

6. Nosotros, que no somos fanáticos apologistas de la mora-

lidad presente, nos ocurre á cada instante, al tratar las cosas de los siglos XV, XVI y XVII, llamar la atencion de los apologistas de aquellos tiempos para que estudien el modo de vivir de las gentes de dichas épocas. No sólo los ricos homes, sino todas las clases, concedian ciertas distinciones á las barraganas, á las que las leyes protegian en cierto modo, y estando muchos mal casados, segun se desprende del contexto de esa ley de Toro, que concedió privilegios á los que, con un segundo acto religioso, santificaran su matrimonio.

7. Y no negamos que tambien la curia romana tuviera parte en la publicacion de esa medida. Los civilistas hubieran encontrado, sin duda alguna, remedios más eficaces para cortar de raíz ese mal de los matrimonios clandestinos; pero siempre que habia que poner remedio á un vicio social, allí se encuentra en esos siglos la mano del poder eclesiástico. Santificado el matrimonio por la doctrina de Jesucristo, y siendo de derecho divino su institucion, no eran necesarias las velaciones, esa segunda bendicion de la Iglesia, cuando el matrimonio habia recibido toda su sancion habiendo unido á los esposos el sacerdote con las ritualidades prescritas en los cánones. Pero lo que se queria era solemnizar más este acto importante de la vida para que todas las gentes supieran que Fulano estaba casado con Mengana. Para ello el legislador no encontró mejor medio que una segunda declaracion pública, que es la de la velacion. Para estimularla, se concedió ese gran derecho, que es el de la emancipacion, á la cual, si hoy no se le da importancia porque nuestras costumbres consideran al hijo de hecho emancipado en muchos casos y los tribunales lo declaran así, aunque no haya leyes que lo determinen, en el siglo XVI no sucedia lo mismo porque todavía era dura y pesada la potestad paterna.

8. Aquí deberíamos concluir el comentario de esta ley, porque verdaderamente su laconismo no merece más explicaciones; pero se trata del casamiento, se habla de la emancipacion de los hijos, y en todo el derecho civil se encontrarán materias más arduas y de más inmensa trascendencia que las de matrimonio y derecho de los hijos. Tras de esas palabras ocurre inmediatamente al pensador la siguiente pregunta: ¿Ha dicho su última palabra la verdadera filosofía sobre la constitucion del matrimonio? ¿Las leyes de la Europa moderna han arreglado con equidad y justicia los derechos de padres é hijos en sus mútuas relaciones de familia? Hé aquí dos proposiciones que envuelven todas las cuestiones sociales, porque bien cimentada

y resuelta la cuestion de familia, por una ilacion inmediata y consecuencia lógica hay que decidir la cuestion social.

9. Se separan y no poco estas discusiones de lo que debe ser el comentario de las leyes de Toro, y más aún nos consideramos incompetentes para dar un dictámen acertado en el asunto, que es objeto, más que de debate, de grandes turbaciones que ha de resolver sólo la fuerza. Sin embargo, la razon se hace siempre lugar y cuanto más se demuestra la justicia de la buena causa, más pronto vendrá el remedio á los grandes males sociales. Instruir primero á las medianías, y las medianías instruirán á las masas. Esta es la marcha de la civilizacion, y si en nuestro libro se encuentra una idea útil, nos daremos el parabien por haberla emitido.

10. Matrimonio es la union del varon con la hembra para procrear segun la escuela sensualista, sin que tenga otros atractivos ni otros deberes la raza humana. Matrimonio es una institucion santa, creada por Dios segun todas las religiones positivas.

11. Es preciso perder hasta el último átomo de pudor para predicar la doctrina atea de que la raza humana es completamente idéntica á los otros séres que pueblan el universo, y sujeta á las mismas leyes de reproduccion y muerte, sin que se deba poner más cortapisa á sus apetitos que los naturales que oponen los brutos.

12. No pueden refutarse en sério semejantes delirios. Si en algunos períodos de la historia, muy pocos por fortuna, se niega y pone en duda la existencia de Dios por cabezas extraviadas y por los que no quieren tener ningun freno á sus pasiones, v. gr., cuando los dioses huian del Capitolio en tiempo de César, bien pronto la inteligencia humana vuelve á su centro y reconoce la necesidad de creer en el gran Espíritu.

13. La Europa moderna está pasando hoy por uno de esos períodos en que génios osados y orgullosos suponen que los miles de millones de séres racionales que han poblado la tierra y que han creido durante muchos siglos que Dios existe, no supieron nada y vivieron bajo la fascinacion de preocupaciones reprensibles. Uniendo estas ideas á las de nivelacion social, al paso que halagan á las masas, las quitan el único consuelo de la humanidad afligida, que es la esperanza en otra vida, y al propio tiempo intimidan á las clases laboriosas y ricas, que piden á voz en grito á los legisladores pongan freno á ideas tan disolventes.

14. Quizá se crea nos extraviamos ocupándonos de la cuestion social en general; pero bien meditado no se puede negar que la constitucion de la familia es la piedra angular de la dicha ó la desgracia. Allí donde haya buenos matrimonios, se educarán bien los hijos, y donde hay buenos hijos hay buenos ciudadanos, y los buenos ciudadanos no son nunca ni serán ateos ni socialistas. En nuestras largas y profundas meditaciones para dar consejo y arreglar matrimonios desavenidos, hemos encontrado gran vacío, no sólo en nuestra legislacion, sino áun en la de los países más civilizados. Respetando mucho lo antiguo y teniendo tambien la conviccion de que nunca se llega en estas materias al último grado de perfeccion, nos permitiremos residenciar á los grandes legisladores, y muy particularmente á los de España, al tratar de esta delicada materia.

15. Ciertamente la idea de la reproduccion es congénita en todo sér viviente, y la brillante frase del Génesis *Crescite et multiplicamini* está sobreentendida en todas las antiguas legislaciones y en los libros santos de todos los pueblos. Pero al propio tiempo en esas mismas legislaciones, modificadas y alteradas despues por las costumbres, al paso que se ha reconocido como uno de los principales objetos del matrimonio la procreacion y el aumento de la especie humana, en todas partes se ha encontrado algo de divino, mucho que se separa de los apetitos carnales.

16. No hay pueblo antiguo, desde la civilizadora Grecia hasta las islas más apartadas en que reina el canibalismo, en que no se haga intervenir al gran Espíritu al unir sus voluntades el hombre y la mujer. Repasad las leyes de Solon y Licurgo, abrid las Doce Tablas, introducios en la India y en las apartadas regiones donde imperan el budhismo y las doctrinas de Confucio; preguntad á las ruinas de Babilonia, ó recorred los sitios en que imperaron los Incas, y en todas partes encontrareis que se sube al cielo el legislador para pedir la bendicion del matrimonio.

17. Pero ¡ah! no en todos esos pueblos ni en todas esas legislaciones el matrimonio es idéntico ni iguales los derechos de los hijos ni del propio modo feliz la vida de la esposa. En esas extensas regiones del Asia, poblada por 400 millones de habitantes, la mision de la mujer no es otra que la de satisfacer los placeres sensuales del hombre y ser el primer mueble de lujo de su casa. Para la hembra no hay derechos, sino obligaciones,

y tiene que presenciar que el tálamo de su esposo recibe á la vez otras esposas y cuantas concubinas adquiere.

18. Es demasiado cierta, por desgracia de la humanidad, esa reconvencion, excepto en este pequeño rincon del mundo llamado Europa y su hija legítima la despoblada América. Las otras dos grandes regiones están dominadas por leyes absurdas, mal que les pese á los que suponen que allá en el Celeste Imperio hay una civilizacion de la que tienen que aprender mucho los que adoran al Crucificado.

19. Sin duda alguna sería curioso y entretenido el estudio de cuanto hay escrito sobre los muchos y distintos matrimonios que se celebraron en lo antiguo y que hoy se celebran, descendiendo al exámen de aquellos enlaces en que se glorifica á la mujer hasta el en que, no sólo se la constituye en esclava, sino que tiene la obligacion de acompañar á la pira al marido que muere. Si intentáramos este colosal trabajo, nos separaríamos evidentemente de la mision que hemos tomado á nuestro cargo, áun suponiendo que tuviéramos para ello tiempo, paciencia y la instruccion bastante para entresacar de las historias y de los códigos los curiosísimos datos en que se describen las bodas del Indio, que adoraba al sol, ó del Japonés, que no tiene en sus templos ningun signo corporal de la divinidad.

20. Escribimos para españoles y comentamos únicamente una ley que habla del matrimonio cristiano. Desde las altas esferas de la filosofía y de la historia, tenemos que descender á este estrecho terreno, y en él ciertamente encontraremos no pequeñas dificultades y cometeremos evidentemente graves equivocaciones, cuando volvamos los ojos á esa misma filosofía para examinar las novedades recientemente introducidas en España sobre el matrimonio.

21. Comentando otras leyes hemos dicho que conquistada la Península por los romanos, poco á poco tomó asiento su legislacion. Las invasiones de los pueblos del Norte trajeron tambien otras costumbres; pero tanto el pueblo vencedor como el vencido admitieron poco á poco el matrimonio cristiano, y éste es el que viene formando la familia en la Europa. Dejando al cuidado de los anticuarios hablar de los primitivos tiempos en que los iberos celebrarian sus matrimonios sin más solemnidades que el simple acuerdo de las familias, si bien acogiéndose á la proteccion de alguna deidad y abandonando tambien el exámen del derecho romano, que tantas y tan radicales reformas sufrió en la larga série de siglos desde la fundacion de la república

hasta la caida del imperio, vamos á circunscribirnos á estudiar la nueva sociedad que nació y se formó con el conjunto de tantas razas como vinieron á establecerse en la Península desde los más remotos tiempos y que empezaron á formar unidad principalmente porque todas esas gentes se convirtieron al cristianismo. La legislacion romana no se derogó en un instante ni variaron los antiguos usos rápidamente; pero en todo empezó á mezclarse la nueva creencia, introduciéndose poco á poco en los asuntos públicos y en el hogar doméstico, luchando de frente cuando habia que luchar, pero no contrariando de un modo abierto la manera de ser á que tuvieran apego las distintas clases de la sociedad.

22. De esta clase es todo lo referente al matrimonio; y aunque se nos tenga por osados, nos permitimos sostener que el matrimonio cristiano, tal y como lo entiende el catolicismo en los cuatro últimos siglos, tardó mucho en introducirse en las costumbres de la Europa moderna, con particularidad en el interesantísimo punto de si es ó no indisoluble el vínculo dejando en absoluta libertad á los cónyuges.

23. Es esta materia tan peligrosa y resbaladiza y ha dado tantos motivos á disturbios en las naciones católicas, que á nosotros nos parece lo más oportuno citar las leyes y atenernos á su espíritu y letra para apoyar nuestras opiniones.

24. El precepto *Quos ergo Deus conjunxit, homo non separet*, Matth. 19, ¿se entendia, como hoy se entiende, de que el matrimonio no se desata más que por la muerte, aunque haya causa de separacion conyugal? Para nosotros no es dudosa la contestacion. La ley gótica se asemejaba en esta materia mucho á la legislacion romana, que permitia la disolucion del matrimonio por causas de adulterio. Y dicho se está que cuando dos esposos querian separarse bastaba este pretexto ó verdadera causa para romper el vínculo.

25. En el título 4.º del libro III del Fuero Juzgo, son curiosas las diez y ocho leyes que contiene y que tratan de los adulterios y de los fornicios. Para nuestro propósito nos bastará decir que si el marido ofendido adquiria omnímodos derechos sobre los adúlteros, que pasaban á ser sus siervos, segun el contexto de la ley 1.ª y 2.ª de dicho título, claro es que el matrimonio quedaba disuelto. Pero si pudiera ocurrir alguna duda sobre el particular, queda desvanecida leyendo las tres leyes del título 6.º del mismo libro, que tratan de departimientos de los casados et de los desposados. En la ley 2.ª, en que el Rey D. Fla-

vío Rescindo dice que los casados no se pueden partir, exceptúa, sin duda alguna, el caso de adulterio de la mujer, y en compensacion concede á la esposa la libertad cuando el marido se entrega al horroroso vicio de la sodomía ó cuando el mismo marido consiente el adulterio. El texto de la ley no puede ser más claro; dice: «Todavía si el marido es tal que yaze con los barones, ó si quisier que faga su muier adulterio con otri, non querendo ella, ó si lo prometió; porque los cristianos non deven sufrir el pecado, mandamos que la muier pueda casarse con otro si se quisiese.»

26. Penas duras y severas son las contenidas en el precepto de esa ley; pero no son menores las que se imponen á la mujer adúltera en el título anterior, concediendo al marido hasta la facultad de matar, y por lo ménos adquiriendo el derecho de convertir en sierva á su esposa.

27. Bien se conocia en aquel tiempo el precepto evangélico, y sin embargo se le interpretaba de la manera que en ese código se interpretó, permitiendo, en casos determinados, la completa disolucion del matrimonio, en lo cual encontramos más prudencia y filosofía que en las leyes de tiempos posteriores. Sin embargo, es indudable que entre todos los que profesaban la religion católica celebraban matrimonio segun los preceptos de la Iglesia, aunque pudiera sostenerse, con razones de mucho peso, que no hubo ley viva sobre esta interesante materia hasta que se promulgó el Fuero Real. En el lib. III, tít. 1.° de los casamientos, se encuentra la siguiente ley: «Establecemos, é mandamos, que todos los casamientos se fagan por aquellas palabras que manda la Sancta Iglesia, é los que casasen sean tales, que puedan casar sin pecado: é todo casamiento se faga concejeramente, é no á furto: de guisa, que si fuese meneśter se pueda probar por muchos: é quien á furto ficiese casamiento, peche cient maravedises al Rey: é si los no hobiese, todo lo que hobiese fuera del Rey, é por lo que fincase sea el cuerpo á merced del Rey.»

28. En el Ordenamiento de Alcalá se encuentra tambien otra ley hablando, no de los casamientos, sino de los adulterios. Es la 1.ª, tít. 21.°, en la que se vuelve á conceder al esposo la facultad de matar, y que en último término, el juzgador ponga á los adúlteros á disposicion del marido ofendido. Leyes que no se explican sino recordando la fiereza de aquellos tiempos y la gran preponderancia del varon, que no delinquia si adulteraba y el extravío de la hembra se castigaba del modo más cruel.

29. Pero volvamos á nuestra tarea, que es la de examinar la perpetuidad del matrimonio, segun y en los términos que la establece el principio religioso y sobre lo cual se encuentran abundantes datos en el gran código del sabio Rey. No vamos á examinar detalladamente todas las leyes que tratan de casamientos. Diremos sólo, sí, que desde la promulgacion de las partidas se regularizó de un modo estable esta gran institucion social, siendo idéntico el matrimonio que celebraba el último de los súbditos al que tenía lugar en el Alcázar de los Reyes.

30. En la 4.ª partida y título 2.° se encuentran diez y nueve leyes, en que menudamente se explican el orígen, fines y duracion del matrimonio. Para nuestro objeto sólo copiaremos dos trozos de las dos leyes más interesantes. La primera de dicho título tiene por epígrafe «Qué cosa es matrimonio», y dice: «Matrimonio es ayuntamiento de marido, é de mujer, fecho con tal intencion de bevir siempre en uno é de non se departir: guardando leatad cada uno dellos al otro, é non se ayuntando el varon á otra muger, nin ella á otro varon, biviendo ambos á dos.» La segunda, que es la 7.ª del mismo título, pregunta: «¿Qué fuerza ha el casamiento?» Y dice: «Ligamiento, ó fortaleza grande ha el casamiento en sí, de manera que despues que es fecho entre algunos como deve, non se puede desatar que matrimonio non sea; maguer que alguno dellos se faga Hereje, ó Judio, ó Moro, ó fiziesse adulterio.»

31. La segunda de dichas leyes marca luego los casos en que la Iglesia desata el matrimonio, no en cuanto al vínculo, sino en cuanto al hogar y la cohabitacion. Es elocuente el lenguaje de esa misma ley 7.ª, y debemos copiarla por más que sea difusa. Despues de las palabras antes trascritas, continúa: «E como quier questa fortaleza aya el casamiento, departirse puede por juyzio de Santa Eglesia por cualquier destas cosas sobredichas, para non bevir en uno, nin se ayuntar carnalmente, segun dize en el Título de los Clerigos, en la ley que comienza: Otorgandose algunos. Mas si alguno de los que fuessen casados, cegasse, ó se fiziesse sordo, ó contrecho, ó perdiesse sus miembros por dolores, ó por enfermedad, ó por otra manera cualquier; por ninguna destas cosas, nin aun que se fiziesse gafo, non deve el uno desamparar al otro; por guardar la fe, ó la lealtad, que se prometieron en el casamiento: ante deven bevir todos en uno, é servir el sano al otro, é proveerlo de las cosas que menester le fizieren, segund su poder. Pero lo que dize de uno del gafo, entienden desta manera; que el que fincare sano dellos,

si recibiere grand enojo del otro, puede apartar su camara, é su lecho dél, para non estar, nin yaser continuamente con él. Mas devel servir en las otras cosas, é ayuntarse á él, para cumplir su debdo, quando lo demandare, fueras ende, si aquel que engafeciesse, oviesse de bevir comunalmente en una casa con los otros gafos, de guisa que non oviessen camaras apartadas. Ca estonce el que fuesse sano, non seria tenudo de morar con el en tal lugar; como quier que defuera sea tenudo de servirlo, segun que es sobre dicho. E si oviessen fijos de consuno, deven bevir con el sano, é non con el otro, porque non sean ocassionados de aquella malatya. Otrosi seyendo allegados en uno carnalmente el marido, é la muger, non ha poder ninguno dellos en su cuerpo para entrar en Orden, ó fazer otro voto, nin para guardar castidad sin voluntad del otro; ante ha poder el marido en el cuerpo de la muger, é ella en el de su marido, quanto en estas cosas. E aun puede apremiar la Eglesia á qualquier de los que fuessen casados en uno, si alguno dellos se querellasse del otro, que non quiere yazer con él: ca por tal razon deve la Eglesia apremiar que lo faga, maguer nunca fuessen ayuntados en uno; é non deve dexar de lo fazer, maguer alguno dellos oviessen yazido con pariente, ó con pariente del otro, despues que fuessen casados. E aun ha otra fuerza el casamiento, que maguer que son casados, se deven guardar, de se ayuntar en los dias de las grandes fiestas, é otrosi en los del ayuno; con todo esto, si alguno dellos demandase al otro, que yagan en uno de estos dias, non gelo deve contrallar, antes es tenudo de cumplir su voluntad. E aun ha otra fuerza el casamiento, segun las leyes antiguas, que maguer la muger fuesse de vil linage, si casase con Rey, devenla llamar Reyna, é si Conde, Condessa, é aun despues que fuere muerto su marido, la llamaran assi, si non casase con otro de menor guisa. Ca las honrras, é las dignidades de los maridos, han las mugeres por razon dellos. E sobre todas las otras honrras que las leyes otorgan á las mugeres por razon dellos, esta es la mayor, que los fijos que nascen dellos, biviendo de consuno con sus maridos, que son tenidos ciertamente por fijos dellos, é deven heredar sus bienes. E por esso los deven honrrar, é amar, é guardar, sobre todas las cosas del mundo, é ellos otrosi á ellas.»

32. Son tantas y tan extraordinarias las consecuencias del matrimonio y tan varios los efectos que produce, que si de ellos hubiéramos de hablar, habia que ocuparse aquí de títulos enteros de más de una Partida. Pero ahora no examinamos más que

en conjunto la cuestion matrimonial, la existencia de este vínculo, piedra angular del edificio social. El matrimonio, segun esa ley de Partida y todas las demas que con ella tienen analogía, no sólo es de institucion divina, sino que, atendidas las leyes y costumbres de España, es indisoluble y no se rompe sino por la muerte natural de uno de los cónyuges y en muy pocos y rarísimos casos podia declararse la nulidad de tan santo enlace.

33. A la promulgacion de las leyes de Partida no siguió la de ningun otro código, porque no queremos dar este título al Espéculo ni á las Ordenanzas reales de Castilla, ó por lo ménos hablan poco ó nada de matrimonio, que es el objeto que nos ocupa, y del cual sólo se trató con extension en las leyes de Toro que comentamos, resolviendo dudas y fijando jurisprudencia en muchos y diversos casos.

34. Fuera petulancia en nosotros entrometernos en mies ajena discurriendo sobre lo mucho que se ocupó el concilio Tridentino para regularizar y normalizar el matrimonio con el vivísimo deseo de cortar las muchas corruptelas introducidas en esta gran institucion. Es lo cierto, que si bien produjeron buen efecto en muchos puntos, siempre quedaron en pié los gravísimos inconvenientes que el legislador encuentra en todo tiempo para vencer al celibatismo y á la liviandad.

35. Por estas mismas razones tampoco podemos ocuparnos de las varias y distintas disposiciones que se encuentran en la Nueva y Novísima Recopilacion, y en los decretos de los monarcas para que se respetara la santidad del matrimonio. Un ministro, demasiado severo, y que por cierto no habia sido el mejor esposo, lanzó, en tiempo de Fernando VII, un terrible anatema contra los cónyuges que se hubiesen separado, mandando á las autoridades impusieran fuertes castigos á los que no se reunieran en un breve plazo. A pesar del despotismo que reinaba entónces, llevando hasta la última exageracion el principio de autoridad, los mal casados se burlaron de la decision del monarca, y siguieron viviendo como lo hacen hoy los que rompen de hecho este sagrado vínculo.

36. A otras medidas más previsoras hay que acudir para mejorar algun tanto este importantísimo y verdadero cimiento de la sociedad. Dejando á un lado lo que mandan y disponen las leyes escritas, nos vamos á permitir exponer algunas teorías, aunque sea desviándonos algun tanto del objeto principal de nuestro trabajo. Cuando se llega al ocaso de la vida, y se

ama mucho á la humanidad, es por lo ménos laudable hacerse ilusiones sobre la perfectibilidad de la raza.

37. El ánimo se perturba al querer emitir una opinion acertada sobre el mayor acto de la humanidad, sobre la más grande institucion creada por la inteligencia, sobre el fundamento ó base esencial de toda ventura, tanto del individuo como de las naciones que habitaron, habitan y habitarán este pequeño globo, llamado tierra, comparado con los luminosos que ruedan por el espacio y proclaman á cada instante la omnipotencia de un sér hacedor, como tambien se ve su mano en esa pequeña institucion, llamada por el hombre de todos los países matrimonio.

38. Que es de institucion divina, que todas las religiones le consagran y protegen, no hay para qué discutirlo. Aunque concediéramos á las escuelas sensualistas que su único fin en la procreacion es satisfacer los apetitos de una necesidad física, ese mismo estímulo nos demostraria la necesidad de otro aliciente mayor del amor, del sentimiento espiritual, que es otra cosa diversa del sensualismo. El matrimonio, tan antiguo como el hombre, quiere convertirse hoy por los locos de la civilizacion en el puro y simple acto físico con que se reproducen los demas séres vivientes. Absurda, disparatada es la proclamacion de semejante doctrina, pero al fin se funda en una idea sencilla. El hombre es uno de los eslabones de lo que respira, vive y muere, y está sujeto á las leyes universales del mundo físico. Esta teoría atea y descreida, por lo sencilla, no merece más que una carcajada homérica.

39. Algo más digna de censura es la de los que, reconociendo la superioridad del hombre sobre los demas brutos, supone que el órden social antiguo descansó en principios falsos que es preciso destruir sujetando á las naciones á distintas leyes y diversas instituciones. En más de una ocasion hemos dicho que nos causaban temor los ateos que nos hacian descender del mono y que daban por autor de las leyes del universo á la combinacion de la materia. Esa escuela, si alguna vez sorprende á la sociedad y la trastorna, morirá siempre á poco de su nacimiento.

40. Otros son los enemigos más temibles del órden social. En todo tiempo hay una raza de séres de mediana inteligencia y que no tienen más instinto superior que el de la envidia. Si se dedican á las ciencias aborrecerán á los sabios de su profesion, no sólo coetáneos, sino á los que en otro tiempo vivieron y harán gala de disentir de ellos. Si se dedican á la política, se-

rán eternamente revolucionarios. Si sus padres ó su inclinacion los llaman al culto, serán heresiarcas. El estudioso y amante de las ciencias, sin duda, emite sus opiniones siempre con timidez.

41. Pero no nos alejemos de nuestro propósito, y reconociendo siempre que el hombre tiene que luchar con lo desconocido y que la ley del progreso humano es una ley natural, permítasenos negar que esos teoremas petulantes del siglo XIX, en que se supone que la antigua civilizacion, no sólo desconoció las ciencias físicas, sino que en las morales no hizo más que profesar las ideas más contrarias al buen régimen de las sociedades, y por lo que es preciso variarlo todo y destruirlo todo por su raíz, demencia que no mereceria ser impugnada si real y verdaderamente no estuviera causando males sin cuento.

42. Ya sabemos que en las leyes, por más que se hayan hecho con impremeditacion, no se apadrinan tantos y tan incalificables disparates, y que no habrá pueblo alguno, por muchos trastornos y revoluciones que sufra, en que se asiente que ya no existe matrimonio ni leyes que restrinjan la libertad para que se una ó no se una el varon á la hembra, segun á cada uno de los séres le plazca, como lo ejecutan los irracionales, ni ménos que se desconozcan los derechos de la patria potestad y la existencia de los peculios y tantas otras cosas como emanan de la existencia de la familia. A esto no se llegará nunca, pero sí á relajar demasiado los vínculos introduciendo la anarquía en el hogar doméstico, templo sagrado en donde se crea la dicha y el infortunio de las naciones.

43. Ábrase la historia de todos los pueblos, y en donde no esté bien constituido el matrimonio, ó al ménos en el que no haya garantías que favorezcan ese estado social, allí la degradacion será no pequeña y ni el individuo ni la sociedad podrán prosperar. Y al explicarnos así, no hacemos la apología del matrimonio romano en que el ciudadano tenía sobre su esposa y sobre los hijos el derecho de vida y muerte, y la una y los otros eran verdaderos esclavos. La exageracion de ese principio estaba algun tanto modificada, porque á su vez el ciudadano tenía que cumplir con grandes deberes, uno de ellos, v. gr., el de la clientela, que le colocaba, si no en estado de esclavitud, sí en sumision respetuosa del magnate que debia ampararle y protegerle en todas las vicisitudes de la vida.

44. Ese modo de ser de aquella antigua sociedad, varió de tal modo, que en los últimos años de la república el matrimonio era una cosa baladí y los más grandes hombres, los que de-

bian respetar más á las esposas que les habian dado hijos, las repudiaban con la mayor facilidad y por su parte las matronas romanas tenian á gala casarse tres ó cuatro veces al año con distintos personajes. El libertinaje llegó á tal extremo que en la gran ciudad tomó asiento el más horrendo de los vicios, propagándose de tal manera, que en el primer siglo del imperio hubo que invitar y hasta mandar que las mujeres romanas vistieran con cierta desenvoltura.

45. Tardaron en desaparecer estas costumbres; pero se hizo oir la voz de Dios, y el Evangelio santificó el matrimonio, no quitándole por cierto una de sus bases principales, que es la de ser tambien un contrato civil.

46. Esta doble naturaleza de acto religioso y convenio puramente consensual dió lugar desde los primeros tiempos de la iglesia á contínuas reyertas entre las dos potestades que cada una de por sí ha querido usurpar á la otra sus derechos y atribuciones. La curia Romana, que en algun período de la Edad Media lo subyugó todo, quiso regir tambien la familia y no se contentó con que el matrimonio fuera un sacramento, sino que ademas revistió de tantas y tan repetidas solemnidades el santo vínculo, que quedó en cierto modo relegada la potestad civil á la cuestion subalterna de intereses, áun en los tiempos en que habia Reyes tan poderosos como D. Fernando y doña Isabel. En la ley que aquí comentamos se admitian las velaciones y se las elogiaba hasta el punto de conceder derechos á los que cumplieran este precepto de la Iglesia. Ella sola es la que ha venido entendiendo sobre la validez ó nulidad de los matrimonios, sobre la gran cuestion del divorcio, la materia más interesante de la legislacion de un país.

47. No diremos que esta gravísima cuestion fué la única que dió orígen á los grandes trastornos sociales de los siglos XVI y XVII y á que una parte de la Europa rechazára la doctrina canónica de la Santa Sede. Es lo cierto que en los países en que prosperó la reforma se introdujeron grandes variaciones en la constitucion del matrimonio. Sin despojarle de su carácter sagrado, la autoridad civil tomó una parte más directa en la celebracion del casamiento y más aún en la manera de disolverlo en ciertas y determinadas circunstancias.

48. Estando bien distantes de las máximas de luteranos y calvinistas, no podemos ménos de reconocer que aquellas innovaciones en materia matrimonial han modificado algun tanto las opiniones extremas de los calvinistas que defienden que

el matrimonio es un duro yugo que por ninguna causa ni motivo puede disolverse y que sólo se permite la separacion *quad-torum* despues de largos y dispendiosos litigios, cuyo fin no ven por lo comun los mismos que lo promueven.

49. La Santa Sede siempre se inspira en la buena doctrina, aunque alguna vez se la tache de hacerlo esto tardíamente por estar dominada por el ultramontanismo. En distintos tiempos ha celebrado concordatos con varios países católicos, y no sólo se ha establecido y arraigado el matrimonio civil, sino que se ha desprendido la Iglesia del conocimiento de las causas de divorcio, autorizándose en los códigos civiles el legítimo derecho de separacion y disolucion del matrimonio por las causas graves que en los mismos códigos se designan.

50. Y como por la mano llegamos ya al exámen de esa gran reforma hecha en España y que tantos elogios la prodigan las escuelas revolucionarias.

51. No vamos á comentar esa ley del matrimonio civil y sus concordantes, porque nos separaríamos de la idea capital de este comentario, que es hablar de las leyes antiguas y no de las modernas; pero como unas y otras tienen roce tan íntimo, como el asunto es, en nuestro concepto, el más importante de la legislacion, disculpable será que emitamos nuestras opiniones en materia tan delicada por si en ellas se encontrase alguna idea digna de aprecio el dia que se trate de reformar, no á retazos, el derecho civil, sino formando un verdadero código en que se tengan más en cuenta los hábitos y costumbres de España.

52. Ya en alguna ocasion hemos dicho que los Reyes y las antiguas Córtes y los Concilios se ocuparon de la materia matrimonial. No hay más que volver los ojos al Concilio de Trento y allí se ve que se adoptaron grandes y trascendentales reformas para cortar males y abusos que se cometian en todos los pueblos de la cristiandad al celebrarse los matrimonios. Desgraciadamente el buen deseo de los padres de la Iglesia y las precauciones tomadas despues en distintas épocas por el poder civil no han disminuido en mucho la inmoralidad y las grandes desgracias que ocurren en las familias por la celebracion de malos matrimonios.

53. La materia es tan compleja que se roza con otras muchas cosas que tienen íntimo enlace con esa misma union.

54. Aunque no sea disculpable, hé aquí el motivo de tocarse en esa ley moderna, llamada de matrimonio civil, muchos y distintos puntos, tales como la patria potestad de la madre, ad-

ministracion de los bienes, derechos de los hijos, etc., etc., asuntos todos que en un buen ordenado código civil pertenecerian á otros capítulos.

55. Y no se sorprenderán nuestros lectores si nos permitimos decir que no se puede hablar de matrimonio sin ocuparse de la mancebía y del libertinaje. En muchas ocasiones, y ocupándonos de los árduos negocios que se han puesto á nuestro cuidado, nos hemos lamentado, al defender los derechos de hijos naturales y hasta de punible ayuntamiento, del escandalosísimo abandono de los gobiernos modernos sobre los tres grandes vicios de la humanidad, sobre las tres gangrenas sociales, cimiento de todos los crímenes y de todas las desgracias, la embriaguez, el juego y la prostitucion. No se nos oculta que estos males sociales no se curan únicamente con un buen código penal y que principalmente se debe encomendar su remedio al principio religioso, sin el cual serán infecundos todos los preceptos del legislador. Mas es lo cierto que los filósofos, en vez de ocuparse de esas mal llamadas cuestiones sociales y de si la materia es inteligente, porque esas leyes inmutables no tienen autor y todo se debe al acaso, podrian pensar cómo habia de mejorarse la situacion de millones de séres desgraciados que vienen al mundo sin saber su orígen y con el sello de la infamia, y por lo tanto de la desventura. Otros muchos, ya por malos hábitos, ya por haberse criado en la horrible incredulidad, se entregan á sus pasiones, y para no sentir sus desgracias se embriagan huyendo del trabajo y buscando en el azar medios de fortuna. De aquí al robo no hay más que un paso, y si es necesario, para la adquisicion de lo ajeno matar, se mata.

56. Huyamos de estos cuadros que no nos es permitido describir, porque sólo tratamos del matrimonio; pero con el matrimonio tiene conexion íntima el amancebamiento y la vida de la mujer pública. Males sociales que no se extirparán nunca, pero que se podrán disminuir cuando una administracion sábia rija los destinos de los pueblos. Y las primeras medidas salvadoras han de consistir en no presentar como temeroso el porvenir del matrimonio, sino como un estado á que naturalmente se tiene inclinacion hasta por las personas más egoistas. Cuando el individuo ve que la ley le impone grandes obligaciones y le concede muy pocos derechos, áun cuando le asista la mayor razon y justicia, no es posible traerle al buen terreno y vivir como Dios manda aspirando á tener una compañera con quien comparta las pocas felicidades y las muchas desventuras de

esta pasajera vida. Si la humanidad oyera los consejos de la razon en todas ocasiones, por egoismo debia seguir la senda de la virtud; pero por desgracia las pasiones son superiores al buen criterio y el legislador tiene siempre que descender al terreno práctico y combatir los vicios por medios más ó ménos directos. No podrá hacerlo si á sus actos no preside un gran principio, que es el de la rígida moral, y no hay rígida moral si no descansa en el amor de Dios.

57. Hé aquí santificado el matrimonio y condenadas todas las otras uniones que la religion considera ilícitas y las condena por más que el legislador tenga que tolerarlas, porque su mision no es castigar el pecado. Debe, sí, procurar por todos los medios indirectos disminuir el libertinaje y la barraganería, pero con tino y prudencia. La persecucion directa produce los más pésimos resultados. La barragana y la mujer pública deben ser despreciadas por el legislador, pero no perseguirlas si no cometieran otras faltas. Cuando moralistas imprudentes han formado empeño en la extincion de esas clases, han dado aumento á un mayor mal, al adulterio, que ha sido siempre una verdadera gangrena social y que hoy está tan en auje como en los tiempos en que agonizaba la República romana.

58. Santidad del matrimonio y castigo racional del adulterio: hé aquí explicado en pocas palabras el arcano de la ciencia que traerá siempre inquietos á los legisladores, porque ninguno puede hasta ahora decir que ha encontrado verdadero remedio á ese gran problema de la disolucion del matrimonio, cuando media una causa tan poderosa como es la de quedar manchado el tálamo nupcial. Ya hemos dicho bastante sobre esta materia recorriendo nuestra antigua legislacion, por la que no sólo se disolvia de un modo absoluto el matrimonio, sino que se creaba hasta la esclavitud de la mujer delincuente.

59. Así como hemos insertado, por nota á las leyes que hablan de mayorazgos, los decretos y legislacion vigente en que se suprime aquella institucion, pero sin permitirnos hacer corolario alguno ni emitir nuestras ideas, porque de otro modo estos comentarios no serian á las leyes de Toro sino á la legislacion vigente, así tambien insertamos por otra nota igual las diversas disposiciones que se han publicado desde 1868 hasta el dia sobre matrimonio, en que ha agotado todo su ingenio la escuela democrática. Tambien tenemos sellados nuestros labios para no explicar ni un detalle siquiera de esas imprudentísimas reformas, que ellas solas han causado más daño que las diversas

conmociones que unas tras otras han puesto en peligro los más grandes y caros intereses del país. Como ciudadano, como verdadero amante de los adelantos del siglo, como hombre político, como jurista, sólo me permito dirigir una súplica á los hombres presentes y futuros que tengan la mision de gobernar este país. Uno de sus primeros actos debe ser la plena derogacion de esas leyes del matrimonio civil, ó por lo ménos una reforma tan grande que tranquilice la conciencia de las personas más escrupulosas en materias religiosas.

60. Por el contexto de lo dicho hasta aquí, bien se comprende que cuando se escribian estas líneas estaba en toda su fuerza y vigor la ley del matrimonio civil. Promulgada la monarquía de D. Alfonso XII, el gobierno tenia precision de alterar en sus bases más esenciales esa ley que tantos trastornos habia causado, existiendo muchísimas familias cuyos derechos estaban en incierto, porque se habian celebrado numerosos matrimonios canónicos sin pensar los esposos en cumplir con esa ley.

61. No hemos de criticar al gobierno de S. M. porque no derogara pura y sencillamente la ley de la revolucion, porque al fin habia creado más de un derecho é introducido alguna reforma aceptable en buenos principios. Sin embargo, siempre resultará el gravísimo inconveniente de quedar en incierto muchos puntos referentes al matrimonio y sus consecuencias, lo cual acontece siempre que se hacen á retazos las leyes, suprimiendo una parte de las antiguas y dejando vigente lo que no está expresamente derogado. Por eso no nos arrepentiremos nunca de reclamar una y otra vez la necesidad, cada dia más imperiosa, de la promulgacion de un buen código civil, el cual no se hace ni puede hacerse en una asamblea deliberante. En los veinte años que hemos ocupado un asiento en el parlamento, procurábamos que las pocas leyes que se promulgaban en materia civil fueran lacónicas y se redujeran á estrechos límites, porque de lo contrario resultaria que la nueva disposicion ofrecia tantas ó mayores dificultades que las leyes antiguas que trataba de corregir ó enmendar.

62. Algo y no poco de esto acontece con el decreto de 9 de Febrero de 1875. Nosotros aplaudimos su publicacion, porque la reforma era urgente y necesaria; pero no desconocemos que entre las apasionadas críticas de la prensa revolucionaria, defensora de la ley del matrimonio civil, hay más de una observacion digna de aprecio. El comentarista de las leyes de Toro no puede ser juez del campo ni analizar la extensa ley del matrimonio

civil ni el decreto que en parte la deroga y en parte la deja vigente. Así como no hemos comentado las leyes de desvinculacion, tampoco comentamos la del matrimonio civil ni el decreto del Sr. Cárdenas. Insertamos á continuacion estas leyes para que el lector forme el concepto que corresponda.

LEY PROVISIONAL DE MATRIMONIO CIVIL.

CAPÍTULO PRIMERO.

DE LA NATURALEZA DEL MATRIMONIO.

Artículo 1.° El matrimonio es por su naturaleza perpétuo é indisoluble.

Art. 2.° El matrimonio que no se celebre con arreglo á las disposiciones de esta ley, no producirá efectos civiles con respecto á las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes.

Art. 3.° Tampoco producirán obligacion civil la promesa de futuro matrimonio, cualesquiera que sea la forma y solemnidades con que se otorgue, ni las cláusulas penales ni cualesquiera otras que en ella se estipulen.

CAPÍTULO II.

SECCION PRIMERA.

De las circunstancias de aptitud necesarias para contraer matrimonio.

Art. 4.° Son aptas para contraer matrimonio todas las personas que reunan las circunstancias siguientes:

1.ª Ser púberes, entendiéndose que el varon lo es á los catorce años y la mujer á los doce.

Se tendrá, no obstante, por revalidado, *ipso facto* y sin necesidad de declaracion expresa, el matrimonio contraido por impúberes, si un dia despues de llegar á la pubertad legal hubiesen vivido juntos sin haber reclamado en juicio contra su validez, ó si la mujer hubiese concebido ántes de la pubertad legal ó de haberse entablado la reclamacion.

2.ª Estar en el pleno ejercicio de su razon al tiempo de celebrar el matrimonio.

3.ª No adolecer, con anterioridad á la celebracion del matrimonio, y de una manera patente, perpétua é incurable, de impotencia física ó relativa para la procreacion.

Art. 5.° Áun cuando tengan la aptitud expresada en el artículo precedente, no podrán contraer matrimonio:

1.° Los que se hallen ligados con vínculo matrimonial no disuelto legalmente.

2.° Los católicos que estuviesen ordenados *in sacris* ó que hayan profesado en una órden religiosa, canónicamente aprobada, haciendo voto solemne de castidad, á no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente licencia canónica.

3.° Los hijos de familia y los menores de edad que no hayan obtenido la licencia ó solicitado el consejo de los llamados á prestarlos en los casos determinados por la ley.

4.° La viuda durante los 301 dias siguientes á la muerte de su marido ó ántes de su alumbramiento, si hubiere quedado en cinta, y la mujer cuyo matrimonio hubiese sido declarado nulo en los mismos casos y términos, á contar desde su separacion legal, á no haber tenido la correspondiente dispensa.

Art. 6.° Tampoco podrán contraer matrimonio entre sí:

1.° Los ascendientes y descendientes por consanguinidad ó afinidad legítima ó natural.

2.° Los colaterales por consanguinidad legítima hasta el cuarto grado.

3.° Los colaterales por afinidad legítima hasta el tercer grado.

4.° Los colaterales por consanguinidad ó afinidad natural hasta el segundo grado.

5.° El padre ó madre adoptante y el adoptado; éste y el cónyuge viudo de aquéllos, y aquéllos y el cónyuge viudo de éste.

6.° Los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado miéntras subsista la adopcion.

7.° Los adúlteros que hubiesen sido condenados como tales por sentencia firme.

8.° Los que hubiesen sido condenados como autores ó como autor y cómplice de la muerte del cónyuge inocente, aunque no hubieran cometido adulterio.

9.° El tutor y su pupila, salvo el caso en que el padre de ésta hubiere dejado autorizado el matrimonio de los mismos en su testamento ó en escritura pública.

10. Los descendientes del tutor con el pupilo ó pupila, miéntras que, fenecida la tutela, no haya recaido la aprobacion de las cuentas de este cargo, salvo tambien la excepcion expresada en el número anterior.

SECCION SEGUNDA.

De las dispensas.

Art. 7.° El gobierno podrá dispensar, á instancia de los interesados, mediante justa causa debidamente justificada y prévios los trámites que se establecerán en el oportuno reglamento, los impedimentos comprendidos en el núm. 4.° del art. 5.°; los grados tercero y cuarto del núm. 2.° del art. 6.°; los impedimentos que comprenden los números 3.° y 4.° del mismo artículo en toda su extension, ménos la consanguinidad natural y los establecidos en el núm. 6.°.

Art. 8.° Las dispensas á que se refiere el artículo precedente se concederán ó denegarán sin exaccion de derechos á los interesados bajo ningun concepto.

CAPÍTULO III.

DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES Á LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO.

SECCION PRIMERA.

De la publicacion del matrimonio.

Art. 9.° Los que intentaren contraer matrimonio, lo manifestarán al juez municipal de su domicilio ó residencia, si los dos tuvieren una misma, y en otro caso al de cada uno de ellos, consignando ambos en esta manifestacion sus nombres y apellidos paterno y materno, su edad, profesion ú oficio, los respectivos pueblos, términos municipales, partidos y provincias de su nacimiento y de su domicilio ó residencia durante los dos últimos años.

Art. 10. Esta manifestacion se hará por escrito y se firmará por los dos interesados ó por otra persona á su ruego, si alguno de ellos ó ambos no supieren ó no pudieren firmar.

Art. 11. El juez municipal, prévia la ratificacion de los pretendientes en la manifestacion expresada en el artículo anterior, mandará fijar edictos en el local de su audiencia pública y en otro sitio, tambien público, de la parroquia del último domicilio ó residencia de los interesados.

Art. 12. Mandará tambien remitir los edictos necesarios á los jueces municipales del territorio en que hubieren residido ó estado domiciliados los interesados en los dos últimos años, á fin de que manden fijarlos en el local de su audiencia pública, y en otro sitio, tambien público, de la parroquia en que aquellos hubieren vivido.

Art. 13. Los edictos se fijarán dos veces consecutivas por el término de ocho dias cada uno.

Art. 14. En los edictos se expresarán todas las circunstancias mencionadas en el art. 9.°, el tiempo de la publicacion de cada edicto, si es primero ó segundo el que se publica, invitándose en ellos á todos los que tuvieren noticia de algun impedimento legal que ligue á cualquiera de los contrayentes, á que lo manifieste por escrito ó de palabra al juez municipal del territorio en que se fije el edicto.

Se hará constar tambien en los edictos la fecha en que se fijan, y se insertarán en ellos textualmente los artículos 4.°, 5.° y 6.° de esta ley.

Art. 15. Cuando los interesados fueren extranjeros y no llevaren dos años de residencia en España, habrán de acreditar por certificacion de la autoridad competente segun las leyes de su país, legalizada en forma y con todas las circunstancias que requieran las leyes españolas para su autenticidad y validez:

Haberse hecho la publicacion del matrimonio que intentaren contraer con todas las solemnidades exigidas en el territorio en que hubieren tenido su domicilio ó residencia durante el año anterior á su entrada en España.

En todo caso acreditarán su libertad para contraer el matrimonio.

Art. 16. El juez municipal á quien competa autorizar el matrimonio podrá dispensar la publicacion de los edictos, y en su caso la presentacion de los documentos á que se refiere el artículo anterior, cuando cualquiera de los interesados se hallase en inminente peligro de muerte.

Art. 17. Los militares en activo servicio que intentaren contraer matrimonio estarán dispensados de la publicacion de los

edictos si presentaren certificacion de su libertad, expedida por el jefe del cuerpo armado á que pertenezcan.

Art. 18. En los demas casos, solamente el gobierno podrá dispensar la publicacion del segundo edicto ó de ambos, mediando causas graves suficientemente probadas. Esta dispensa se concederá gratuitamente en la forma y con las solemnidades que se prescribirán en el oportuno reglamento.

Art. 19. Los jueces municipales en cuyo territorio se hubieren fijado los edictos, á excepcion del que hubiere de autorizar el matrimonio, expedirán, á instancia de cualquiera de los interesados, á los cinco dias de concluido el término de la publicacion de los edictos, certificacion de los impedimentos que se le hubieren denunciado, ó negativa en el caso de que no exista denuncia alguna.

SECCION SEGUNDA.

De la oposicion al matrimonio.

Art. 20. Los promotores fiscales, y los regidores síndicos de los pueblos en sus respectivos casos, tendrán obligacion de inquirir y denunciar al juez municipal que publicare los edictos para la celebracion del matrimonio, los impedimentos legales que afecten á los pretendientes.

Art. 21. Podrán tambien hacer la denuncia todos los ciudadanos mayores de edad. No será admisible, sin embargo, la que se refiera al impedimento expresado en el núm. 3.° del art. 5.°, si no fuere hecha por la persona llamada por la ley á dar la licencia ó el consejo para el matrimonio intentado.

Art. 22. No podrán ser denunciados otros impedimentos que los declarados y establecidos en los artículos 4.°, 5.° y 6.° de esta ley.

Art. 23. La denuncia de los impedimentos habrá de hacerse en el término señalado en los edictos ó en los cinco dias siguientes á su conclusion.

La que se hiciere despues no será admisible á no interponerse ante el juez municipal que hubiere de autorizar el matrimonio y ántes de su celebracion.

Art. 24. La denuncia hecha en tiempo oportuno, á que se refiere el artículo anterior producirá el efecto de suspender la celebracion del matrimonio hasta que fuere declarada por sentencia firme su improcedencia ó falsedad.

Art. 25. La denuncia podrá hacerse por escrito ó verbalmente.

Si se hiciere por escrito, el juez municipal acordará, que durante las veinticuatro horas siguientes se ratifique en ella el denunciante.

Si se hiciere verbalmente, se hará constar en acta, que autorizará el secretario del juez municipal, y firmará el denunciante si supiere ó pudiere firmar.

Art. 26. La denuncia se sustanciará por el juez municipal ante quien hubiere sido hecha, en la forma y por los trámites que se establecieren en la ley de Enjuiciamiento civil.

Art. 27. Cuando la denuncia privada fuese declarada maliciosa por sentencia firme, se condenará al denunciante á la indemnizacion de los daños y perjuicios causados á los interesados.

CAPÍTULO IV.

DE LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO.

Art. 28. El matrimonio se celebrará ante el juez municipal competente y dos testigos mayores de edad.

Art. 29. Es juez municipal competente para autorizar el matrimonio el del domicilio ó residencia de los contrayentes, ó de cualquiera de ellos, á eleccion de los mismos.

Se entiende por residencia, para los efectos del párrafo precedente, la permanencia del interesado en el término municipal con dos meses de antelacion; y si se tratare de militares en activo servicio, se considerará residencia de los mismos la del territorio donde se halle, aunque sea accidentalmente, el cuerpo á que pertenezcan ó en que radicare el empleo, cargo ó comision militar que estuviesen desempeñando.

Art. 30. El juez municipal de cada territorio será competente para autorizar el matrimonio del transeunte que en el mismo se halle en inminente peligro de muerte.

Art. 31. El juez municipal no autorizará la celebracion del matrimonio cuando á éste se hubiere hecho denuncia de impedimento legal, miéntras esta no sea desechada en forma.

Tampoco autorizará la celebracion de ningun matrimonio ántes que se entreguen en la secretaría del juzgado:

1.° Las certificaciones de nacimiento de los interesados.

2.° Las negativas de denuncia de impedimento expresadas en el art. 19.

3.° Los documentos que acrediten la dispensa de la publicacion de edictos ó de impedimentos legales de los contrayentes en sus respectivos casos.

4.° Los documentos que demuestren haber obtenido la licencia ó solicitado el consejo, conforme á la ley, cuando se trate del matrimonio de hijos de familia y de menores de edad.

5.° Los documentos á que se refiere el art. 15 cuando se trata del matrimonio de extranjeros.

6.° La certificacion de libertad cuando se trate del matrimonio de militares en activo servicio, expedida con arreglo al art. 17.

Art. 32. Sin embargo de lo expuesto en el artículo anterior, el juez municipal podrá autorizar el matrimonio del que se halla en peligro inminente de muerte, aunque los contrayentes no hayan presentado los mencionados documentos.

El matrimonio así contraido se entenderá condicional miéntras que no se acredite la libertad anterior de los esposos en la forma establecida en esta ley.

Art. 33. Despues de trascurridos seis meses desde la fecha del último edicto ó de su dispensa, sin que se haya celebrado el matrimonio, no podrá autorizarse, aunque los interesados lo soliciten, si no se cumplen nuevamente los requisitos y se practican las diligencias prescritas en esta ley.

Art. 34. Los contrayentes podrán celebrar el matrimonio religioso ántes, despues ó al tiempo del matrimonio civil.

Art. 35. El matrimonio podrá celebrarse personalmente ó por medio de mandatario, con poder especial, que deberá expresar el nombre de la persona con quien éste lo haya de celebrar; pero siempre habrá de concurrir personalmente á la celebracion el contrayente domiciliado ó residente en el territorio del juez que haya de autorizar el matrimonio.

Art. 36. Será válido el matrimonio celebrado por medio de apoderado miéntras que no se le haya notificado en forma auténtica la revocacion del poder otorgado á su favor por el contrayente.

Art. 37. El matrimonio se celebrará en el local de audiencia pública del juez que hubiere de autorizarlo, á no ser que éste acordare otra cosa, á instancia de los contrayentes, por hallarse alguno de ellos en la imposibilidad de concurrir al local mencionado ó por otra causa análoga.

Art. 38. El matrimonio se celebrará con asistencia de dos testigos mayores de edad, en la siguiente forma:

Primeramente el secretario del juzgado leerá los artículos 1.°, 2.°, 4.°, 5.° y 6.° de esta ley.

Acto contínuo, y sucesivamente, el juez interrogará á cada uno de los esposos con la siguiente fórmula: «Quereis por esposa (ó esposo) á (el nombre y apellido del contrayente no interrogado.)»

Los contrayentes contestarán por su órden. «Sí quiero.» Incontinenti el juez pronunciará las siguientes palabras: «Quedais unidos en matrimonio perpétuo é indisoluble.» Y se terminará el acto de la celebracion leyendo el secretario del juzgado los artículos del capítulo 5.° seccion primera de esta ley.

Art. 39. Todo lo expresado en el artículo anterior se consignará inmediatamente en un acta que firmarán el juez, los cónyuges y los testigos, si supieren ó pudieren firmar, autorizándola el secretario del juzgado.

El expediente formado por las diligencias preliminares del matrimonio se archivará en el juzgado, y á él se unirán los documentos á que se refiere el art. 31.

Art. 40. El matrimonio contraido fuera de España por extranjeros, con arreglo á las leyes de su nacion, surtirá en España todos los efectos civiles del matrimonio legítimo.

Art. 41. El matrimonio contraido en el extranjero por dos españoles, ó por un español y un extranjero, será válido en España siempre que se hayan observado en su celebracion las leyes establecidas en el país en que tuvo efecto para regular la forma externa de aquel contrato, y los contrayentes tuvieren aptitud para celebrarlo con arreglo á las leyes españolas.

Art. 42. Los matrimonios celebrados en el extranjero por dos españoles, ó por un español que quiera conservar su nacionalidad y un extranjero, habrán de inscribirse á los quince dias siguientes á su celebracion en el registro civil del agente diplomático ó consular español del lugar en que el acto se hubiese efectuado; y no habiéndolo, en el del más próximo.

Art. 43. Los jefes de los cuerpos militares en campaña podrán autorizar, en defecto de juez municipal, los matrimonios que intenten celebrar *in articulo mortis* los individuos de los mismos, con arreglo al art. 32.

Los contadores de los buques de guerra y los capitanes de los mercantes podrán desempeñar las mismas funciones en los matrimonios que se celebren á bordo *in articulo mortis.*

CAPÍTULO V.

DE LOS EFECTOS GENERALES DEL MATRIMONIO RESPECTO DE LAS PERSONAS Y BIENES DE LOS CÓNYUGES Y DE SUS DESCENDIENTES.

SECCION PRIMERA.

De los efectos generales del matrimonio respecto á las personas y bienes de los cónyuges.

Art. 44. Los cónyuges están obligados á guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

Art. 45. El marido debe tener en su compañía y proteger á su mujer.

Administrará tambien sus bienes, excepto aquellos cuya administracion corresponda á la misma por la ley, y estará facultado para representarla en juicio, salvo los casos en que ésta pueda hacerlo por sí misma, con arreglo á derecho, y para darle licencia para celebrar los contratos y los actos que la sean favorables.

Art. 46. El marido menor de diez y ocho años no podrá, sin embargo, ejercer los derechos expresados en el párrafo anterior, ni tampoco administrará sus propios bienes sin el consentimiento de su padre; en defecto de éste del de su madre, y á falta de ambos, sin la competente autorizacion judicial, que se le concederá en la forma y en los casos prescritos en la ley de Enjuiciamiento civil.

Art. 47. Tampoco podrá ejercer las expresadas facultades el marido que esté separado de su mujer por sentencia firme de divorcio, que se halle ausente en ignorado paradero ó que esté sometido á la pena de interdiccion civil.

Art. 48. La mujer debe obedecer á su marido, vivir en su compañía y seguirle adonde éste traslade su domicilio ó residencia.

Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán, con conocimiento de causa, eximirla de esta obligacion cuando el marido traslade su residencia al extranjero.

Art. 49. La mujer no puede administrar sus bienes ni los de su marido, ni comparecer en juicio, ni celebrar contratos, ni

adquirir por testamento ó abintestato, sin licencia de su marido, á no ser en los casos y con las formalidades y limitaciones que las leyes prescriban.

Art. 50. Los actos de esta especie que la mujer ejecutare serán nulos y no producirán obligacion ni accion si no fueren ratificados expresa ó tácitamente por el marido.

Art. 51. Será válida, no obstante, la compra que al contado hiciere la mujer de cosas muebles y las que hiciere al fiado de las que por su naturaleza están destinadas al consumo ordinario de la familia, y no consistiesen en joyas, vestidos y muebles preciosos, por más que no hubiesen sido hechas con licencia expresa del marido.

Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, se consolidará la compra hecha por la mujer al fiado de joyas, vestidos y muebles preciosos, desde el momento en que hubieren sido empleadas en el uso de la mujer ó de la familia, con conocimiento y sin reclamacion del marido.

Art. 52. Tampoco podrá la mujer publicar escritos, ni obras científicas ni literarias de que fuere autora ó traductora sin licencia de su marido, ó en su defecto sin autorizacion judicial competente.

Art. 53. Podrá la mujer sin licencia de su marido:

1.º Otorgar testamento disponiendo en él de sus bienes con las limitaciones establecidas por las leyes.

2.º Ejercer los derechos y cumplir los deberes que la correspondan respecto á los hijos legítimos ó naturales reconocidos que hubiere tenido de otro y á los bienes de los mismos.

Art. 54. La mujer gozará de los honores de su marido, excepto los que fueren extricta y exclusivamente personales, y los conservará miéntras no contrajere segundas nupcias.

Art. 55. Solamente el marido y sus herederos podrán reclamar la nulidad de los actos otorgados por la mujer sin licencia ó autorizacion competente.

SECCION SEGUNDA.

De los efectos generales del matrimonio respecto á las personas y bienes de sus descendientes.

PARTE PRIMERA.—DE LA LEGITIMIDAD DE LOS HIJOS.

Art. 56. Se presumirán hijos legítimos los nacidos despues de los 180 dias siguientes á la celebracion del matrimonio, y

ántes de los 300 siguientes á su disolucion ó á la separacion de los cónyuges.

Contra esta presuncion no se admitirá otra prueba que la de imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros 120 de los 300 que hubieren precedido al nacimiento del hijo.

Art. 57. El hijo se presumirá legítimo aunque la madre hubiere declarado contra su legitimidad ó hubiere sido condenada como adúltera.

Art. 58. Se presumirá ilegítimo el hijo nacido en los 180 dias siguientes á la celebracion del matrimonio, á no ser que concurriere alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Haber sabido el marido ántes de casarse el embarazo de su mujer.

2.ª Haber consentido, estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiese dado á luz.

3.ª Haberlo reconocido como suyo expresa ó tácitamente.

Se entenderá que lo ha reconocido como suyo si ha dejado trascurrir dos meses, á contar desde que tuvo noticia del nacimiento, sin hacer la reclamacion.

Art. 59. El marido ó sus herederos podrán desconocer la legitimidad del hijo que la mujer de aquel hubiese dado á luz despues de trascurridos 300 dias de la disolucion del matrimonio ó de la separacion legal y efectiva de los cónyuges; pero el hijo y su madre podrán tambien justificar en tal caso la paternidad del marido.

Art. 60. Para los efectos civiles no se reputará nacido el hijo que no hubiere nacido con figura humana y que no viviere veinticuatro horas desprendido enteramente del seno materno.

Art. 61. La legitimidad del hijo se probará:

1.° Por la partida de su nacimiento consignada en el registro civil.

2.° Por la posesion constante del estado de legitimidad.

3.° Por testigos, con tal que hubiese un principio de prueba documental ó indicios que constasen desde luego, siendo éstos tales, que con la prueba testifical bastaren para probar la legitimidad.

Art. 62. Es imprescriptible la accion que compete al hijo para reclamar su legitimidad, y se trasmitirá á sus herederos si hubiere muerto ántes del quinto año de su mayor edad, ó despues dejando entablada la accion.

PARTE SEGUNDA.—DE LA PATRIA POTESTAD.

Art. 63. Los cónyuges están obligados á criar, educar, segun su fortuna, y alimentar á sus hijos y demas descendientes, cuando éstos no tuvieren padres ú otros ascendientes en grado más próximo, ó éstos no pudieren cumplir las expresadas obligaciones.

Art. 64. El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados.

Se reputará emancipado de derecho el hijo legítimo desde que hubiere entrado en la mayor edad.

Art. 65. En consecuencia de tal potestad, el padre, y en su defecto la madre, tendrán derecho:

1.° A que sus hijos legítimos no emancipados vivan en su compañía y á representarlos en juicio en todos los actos jurídicos que les sean provechosos.

2.° A corregirlos y castigarlos moderadamente.

3.° A hacer suyos los bienes que adquirieren con el caudal que hubieren aquellos puesto á su disposicion para cualquiera industria, comercio ó lucro.

4.° A administrar y usufructuar los bienes que los hijos hubieren adquirido por cualquier título lucrativo ó por su trabajo ó industria.

Art. 66. El padre, y en su defecto la madre, no adquirirán la propiedad, el usufructo ni la administracion de los bienes adquiridos por el hijo con su trabajo ó industria, si no viviere en su compañía.

Art. 67. El hijo se reputará como emancipado para la administracion y usufructo de los bienes comprendidos en el artículo anterior.

Art. 68. Tampoco adquirirá el padre, ó en su defecto la madre, la propiedad ni el usufructo de los bienes donados ó mandados al hijo para los gastos de su educacion é instruccion, ó con la condicion expresa de que aquellos no hubieren de usufructuarlos, si en este caso los bienes donados no constituyeren la legítima del hijo.

Art. 69. El padre, y en su defecto la madre, cuando gozaren del usufructo de los bienes de los hijos, tendrán las obligaciones de todo usufructuario, excepto la de afianzar respecto de los mismos bienes miéntras no contrajeren segundas nupcias.

Tambien estarán obligados á formar inventario, con inter-

vencion del ministerio fiscal, de los bienes de los hijos respecto de los cuales tuvieren solamente la administracion.

Art. 70. Los hijos no emancipados tienen la obligacion de obedecer á sus padres; y aunque estén emancipados, la de tributarles respeto y reverencia.

Art. 71. La potestad del padre ó madre y de los derechos que la constituyen, se suspenderán y se extinguirán en los casos determinados por las leyes.

PARTE TERCERA.—DE LA OBLIGACION DE DAR ALIMENTOS.

Art. 72. La obligacion de dar alimentos será recíproca.

Art. 73. Los alimentos han de ser proporcionados al caudal de quien los diere y á las necesidades de quien los recibiere.

Art. 74. La obligacion de dar alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tuviere derecho á percibirlos, y no se extinguirá solamente por la renuncia de ésta.

Art. 75. Cesará la obligacion de dar alimentos:

1.° Cuando la fortuna del que estuviere obligado á darlos se hubiere reducido hasta el punto de que éste no pudiera satisfacerlos sin desatender sus necesidades precisas y las de su familia.

2.° Cuando el que hubiere de recibirlos haya mejorado de fortuna hasta el punto de no serle necesarios para su subsistencia.

3.° Cuando el mismo hubiere cometido alguna falta por la que legalmente le pueda desheredar el obligado á satisfacerlos.

4.° Cuando el que los hubiere de percibir fuese descendiente ó hermano del que los hubiere de satisfacer, y la necesidad de aquél proviniere de mala conducta ó falta de aplicacion al trabajo, miéntras que esta causa subsistiere.

Art. 77. La obligacion de satisfacer alimentos se extenderá en defecto de ascendientes ó descendientes, ó por su imposibilidad de satisfacerlos, á los hermanos legítimos, germanos, uterinos ó consanguíneos por el órden con que van mencionados en este artículo.

Art. 78. El alimentista tendrá que vivir en compañía del que debiere satisfacer los alimentos, en el caso que éste justificare no poder cumplir de otro modo su obligacion por la escasez de su fortuna.

CAPÍTULO VI.

DE LOS MEDIOS DE PROBAR EL MATRIMONIO.

Art. 79. Los matrimonios celebrados ántes de la promulgacion de esta ley se probarán por los medios establecidos en las leyes anteriores.

Art. 80. Los contraidos desde la promulgacion de esta ley se probarán solamente por las correspondientes actas del registro civil, á no ser que estas hubieren desaparecido, en cuyo caso serán admisibles todos los medios legales de prueba.

Art. 81. La posesion constante de estado de los padres, unida á las actas de nacimiento de sus hijos en concepto de legítimos, hará prueba plena del matrimonio de aquellos, si ya hubieren fallecido ó se hallaren impedidos de manifestar el lugar de su casamiento, á no constar que alguno de ellos estaba ligado con un matrimonio anterior.

Art. 82. El matrimonio contraido en país extranjero podrá probarse por cualquier medio de prueba, si en el país en que fué celebrado no estuvieren los matrimonios sujetos á registro.

CAPÍTULO VII.

DEL DIVORCIO.

SECCION PRIMERA.

De la naturaleza y causas del divorcio.

Art. 83. El divorcio no disuelve el matrimonio, suspendiendo tan sólo la vida comun de los cónyuges y sus efectos.

Art. 84. Los cónyuges no podrán divorciarse, ni áun separarse, por mútuo consentimiento; para ello es indispensable en todo caso el mandato judicial.

Art. 85. El divorcio procederá solamente por las siguientes causas:

1.ª Adulterio de la mujer, no remitido expresa ó tácitamente por el marido.

2.ª Adulterio del marido con escándalo público ó con el abandono completo de la mujer, ó cuando el adúltero tuviere á

su cómplice en la casa conyugal, con tal que no hubiera tambien sido remitido expresa ó tácitamente por la mujer.

3.ª Malos tratamientos graves de obra ó de palabra inferidos por el marido ó la mujer.

4.ª Violencia moral ó física ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla á cambiar de religion.

5.ª Malos tratamientos de obra inferidos á los hijos, si pusiesen en peligro su vida.

6.ª Tentativa del marido para prostituir á su mujer, ó la proposicion hecha por aquél á ésta para el mismo objeto.

7.ª Tentativa del marido ó de la mujer para corromper á sus hijos y la complicidad en su corrupcion ó prostitucion.

8.ª Condenacion por sentencia firme de cualquiera de los cónyuges á cadena ó á reclusion perpétua.

Art. 86. El divorcio solamente podrá ser reclamado por el cónyuge inocente.

SECCION SEGUNDA.

De las disposiciones preliminares del divorcio.

Art. 87. Admitida la demanda de divorcio, ó ántes si la urgencia del caso lo requiere, se acordará judicialmente:

1.° La separacion provisional de los cónyuges y el depósito de la mujer.

2.° El depósito de los hijos en poder del cónyuge inocente; y si ambos fueren culpables, el nombramiento de tutor y curador de los mismos y su separacion de los padres.

Si las causas que hubieren dado márgen al divorcio fueran las 1.ª, 2.ª, 3.ª, 4.ª y 8.ª del art. 85, podrán los padres proveer de comun acuerdo al cuidado y educacion de los hijos.

3.° El señalamiento de alimentos á la mujer y á los hijos que no quedaren en poder del padre.

4.° La adopcion de las disposiciones necesarias para evitar que el marido que hubiere dado causa al divorcio perjudique á la mujer en la administracion de sus bienes.

SECCION TERCERA.

De los efectos del divorcio.

Art. 88. La sentencia ejecutoria del divorcio producirá los siguientes efectos:

1.° La separacion definitiva de los cónyuges.

2.° Quedar ó ser puestos los hijos bajo la potestad y proteccion del cónyuge inocente.

Si ambos fueren culpables, quedarán bajo la autoridad del tutor ó curador, que se nombrará con arreglo á las prescripciones de la ley de Enjuiciamiento civil, salvos los casos comprendidos en el núm. 2.° del art. 87.

No obstante las disposiciones anteriores, la madre conservará en todo caso á su cuidado á los hijos menores de tres años hasta que cumplan esta edad, á no ser que expresamente se haya dispuesto otra cosa en la sentencia.

3.° La privacion por parte del cónyuge culpable, miéntras viviere el inocente, de la patria potestad y de los derechos que lleva consigo sobre las personas y bienes de los hijos.

A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable á recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que hubiere dado márgen al divorcio hubiere sido alguna de las comprendidas en el mencionado núm. 2.° del art. 87.

Si fuere distinta, se nombrará tutor á los hijos en la forma anteriormente prevenida.

La privacion de la patria potestad y sus derechos no eximirá al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que tuviere para con sus hijos.

4.° La pérdida por parte del cónyuge culpable de todo lo que hubiere sido dado ó prometido por el inocente, ó por otra persona en consideracion á éste, y la conservacion de todo lo recibido por el inocente y el derecho de reclamar desde luego lo que hubiere sido prometido por el culpable.

5.° La separacion de los bienes de la sociedad conyugal y la pérdida de la administracion de los de la mujer, si fuere el marido quien hubiere dado causa al divorcio y la mujer los reclamare.

6.° La conservacion por parte del marido inocente de la administracion de los bienes de la mujer, la cual solamente tendrá derecho á alimentos.

Art. 89. El divorcio y sus efectos cesarán cuando los cónyuges consintieren en volver á reunirse, debiendo poner la reconciliacion en conocimiento del juez ó tribunal que hubiere dictado la sentencia ejecutoria de divorcio.

Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior el caso de divorcio sentenciado por las causas 5.ª y 7.ª del art. 85.

CAPÍTULO VIII.

DE LA DISOLUCION Y NULIDAD DEL MATRIMONIO.

SECCION PRIMERA.

De la disolucion del matrimonio.

Art. 90. El matrimonio legítimo se disuelve solamente por la muerte de uno de los cónyuges, debidamente probada.

La ausencia prolongada de uno de ellos, con ignorancia de su paradero, no será causa de presuncion de su muerte, á no ser que durare hasta que tuviere cien años de edad el ausente, en cuyo caso se le tendrá por fallecido.

Art. 91. El impedimento que, segun las prescripciones de esta ley, anula el matrimonio, no será causa para su disolucion cuando sobreviniere despues de la celebracion del matrimonio.

SECCION SEGUNDA.

De la nulidad del matrimonio.

Art. 92. No se reputará válido para los efectos de esta ley:

1.° El matrimonio que se contrajere por el que carezca de alguna de las circunstancias necesarias de aptitud prescritas en el art. 4.°, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del número primero de dicho artículo.

2.° El que se contrajere mediando alguno de los impedimentos establecidos en los números 1.° y 2.° del art. 5.°, y en los ocho primeros del art. 6.°, si no hubieren sido préviamente dispensados en los casos en que sea procedente la dispensa.

3.° El que no se contrajere con autorizacion del juez municipal competente y á presencia de dos testigos mayores de edad.

4.° El contraido por error en la persona, por coaccion ó por miedo grave que vicien el consentimiento.

5.° El contraido por el raptor con la robada, miéntras que ésta se halle en su poder.

Serán, no obstante, válidos los matrimonios á que se refie-

ren los dos números antecedentes, si hubieren trascurrido seis meses de cohabitacion de los cónyuges, á contar desde que el error se hubiere desvanecido ó la libertad se hubiere recobrado, sin haber reclamado durante aquel tiempo la nulidad.

Art. 93. En los casos de los números 1.°, 2.° y 3.° del artículo anterior, podrán reclamar la nulidad los cónyuges, el ministerio fiscal ó cualquiera persona que tuviere interes en ella.

En los casos de los números 4.° y 5.° podrá reclamarla solamente el cónyuge que hubiere sufrido el error, la fuerza ó el miedo.

Admitida la demanda de nulidad del matrimonio, se practicarán las diligencias establecidas en el art. 87.

SECCION TERCERA.

Art. 94. El matrimonio nulo contraido de buena fé por ambos cónyuges, producirá todos sus efectos civiles miéntras subsista, y la legitimidad de los hijos.

Art. 95. El contraido de buena fé por uno de ellos, los producirá solamente respecto del cónyuge inocente y de los hijos.

Art. 96. La buena fé se presumirá siempre á no probarse lo contrario.

Art. 97. Anulado ejecutoriamente el matrimonio, los hijos varones mayores de tres años quedarán al cuidado del padre y las hijas al de la madre, habiendo habido buena fé por parte de los cónyuges.

Si la hubo tan sólo por parte de uno de ellos, quedarán los hijos de ambos sexos bajo su poder y á su cuidado.

Pero en todo caso continuarán al cuidado de la madre los menores de tres años hasta que cumplan esta edad.

Art. 98. Lo dispuesto en el artículo anterior no tendrá efecto si los padres, de comun acuerdo, dispusieren otra cosa.

Art. 99. La sentencia ejecutoria de nulidad del matrimonio producirá, respecto de los bienes de los cónyuges, los mismos efectos que la disolucion de aquel por muerte.

El cónyuge que hubiere obrado de mala fé perderá, sin embargo, la parte de las ganancias que en otro caso le debiera corresponder.

Art. 100. La sentencia ejecutoria de nulidad del matrimonio, se inscribirá en el registro civil en que constare su celebracion.

DISPOSICION GENERAL.

El conocimiento y decision de todas las cuestiones á que diese márgen la observancia de esta ley corresponderá á la jurisdiccion civil ordinaria, segun la forma y el modo que se establezcan en las leyes de Enjuiciamiento civil.

Las sentencias y providencias de los tribunales eclesiásticos sobre todo lo que constituye el objeto de esta ley, no producirán efectos civiles.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS.

Artículo 1.° Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, los jueces y tribunales civiles y ordinarios no conocerán de las demandas de nulidad de los matrimonios canónicos celebrados con anterioridad á la promulgacion de esta ley y de sus incidencias, cuyo conocimiento correspondió hasta ahora á la jurisdiccion eclesiástica.

Las sentencias que dictaren sobre ellas los tribunales eclesiásticos producirán efectos civiles.

Art. 2.° Los matrimonios civiles celebrados hasta la promulgacion de esta ley ante los alcaldes del domicilio ó residencia de los contrayentes y dos testigos mayores de edad, se reputarán legítimos, y producirán todos los efectos civiles si los contrayentes tuvieren capacidad para celebrarlos con arreglo á las prescripciones de esta ley.

Palacio de las Córtes 24 de Mayo de 1870.—Manuel Ruiz Zorrilla, presidente.—Manuel Llano y Persi, diputado secretario.—Julian Sanchez Ruano, diputado secretario.—Francisco Javier Carratalá, diputado secretario.—Mariano Rius, diputado secretario.

Madrid 18 de Junio de 1870.—El ministro de Gracia y Justicia, Eugenio Montero Rios.

Por el ministerio de Gracia y Justicia se publicó en la *Gaceta* del 16 de Agosto el decreto sobre planteamiento de la ley que antecede. Dice así:

DECRETO.

En vista de las razones que me ha expuesto el ministro de Gracia y Justicia, como Regente del reino, vengo en decretar lo siguiente:

Artículo 1.° La ley de matrimonio civil, publicada como provisional en 27 de Junio del corriente año, se cumplirá y observará desde el dia 1.° de Setiembre próximo en la Península é islas Baleares, y desde el dia 15 del mismo mes en las Canarias, con sujecion á las disposiciones de este decreto y á las órdenes é instrucciones que oportunamente se circularán por la Direccion general de los registros civil y de la propiedad y del notariado.

Art. 2.° No se procederá á la celebracion de los matrimonios que se hallen en cualquiera de los casos siguientes:

1.° Cuando entre los que intenten celebrarlos medie alguno de los impedimentos legales á que se refiere el art. 7.° de la ley hasta que se publique, prévios los trámites correspondientes, el reglamento de dispensas que en el mismo se previene.

2.° Cuando los que intenten celebrarlos aspiren á la dispensa de la publicacion de edictos, excepto los casos á que se refieren los artículos 16 y 17 de la ley, mientras no se reglamente en debida forma todo lo relativo á esta clase de dispensas.

3.° Cuando se presentare en tiempo y forma oposicion al matrimonio intentado, y ésta fuere declarada admisible por el tribunal del partido respectivo, prévios los trámites correspondientes.

Art. 3.° En los demas casos los jueces municipales procederán, cada uno en su respectivo territorio, á practicar las diligencias preliminares á la celebracion del matrimonio establecidas en la seccion primera del capítulo 3.° de la ley.

Para la práctica de las expresadas diligencias se cumplirán extrictamente todas las prescripciones contenidas en los artículos 9.° al 17 y en el 19, en cuanto fueren aplicables á cada caso, y ademas las siguientes:

1.ª La manifestacion de los que intentaren contraer matrimonio, á que se refieren los artículos 9.° y 10 de la ley, se hará al juez municipal de su domicilio ó residencia, si tuvieren una misma, y en otro caso al que elijan para la celebracion de aquel, conforme al art. 29, consignando todas las circunstancias y antecedentes personales expresados en dicho art. 9.°.

2.ª La referida manifestacion podrá hacerse por medio de solicitud escrita y firmada por los que intenten contraer matrimonio, ó verbalmente, exponiendo al juez municipal su propósito de contraerlo y las circunstancias y antecedentes mencionados en la prescripcion anterior. En este último caso se reducirá en el acto á escrito la manifestacion por el secretario, fir-

mándola los interesados ú otra persona á su ruego si no supieren ó no pudieren firmar, y autorizándola aquel.

3.ª Inmediatamente despues de presentada ó redactada, la manifestacion, el juez municipal dictará providencia, mandando que se ratifiquen en ella los interesados. Si la manifestacion adoleciere de alguna omision ó defecto, se suplirá ó subsanará en el acto de la ratificacion, adicionándose ó corrigiéndose lo necesario. La diligencia de ratificacion se firmará por el juez municipal, por los interesados ó por persona á su ruego, si no supieren ó no pudieren firmar, y por el secretario.

4.ª Hecha la ratificacion, el juez dispondrá que se formen y publiquen los correspondientes edictos con arreglo á lo dispuesto en los artículos 13 y 14 de la ley, copiándose el original de los mismos á continuacion de la providencia en que se manden publicar, fijándolos en los parages marcados en el art. 11 y remitiéndolos á los demas jueces municipales, donde tambien deban publicarse, en los casos expresados en el art. 12.

5.ª Trascurrido el término de los edictos y los cinco dias más que expresa el art. 23 en cada uno de los juzgados municipales en que aquellos se hayan publicado, los jueces municipales respectivos dirigirán al que haya de autorizar el matrimonio el oportuno oficio, expresando haber tenido efecto la mencionada publicacion de edictos, y acompañando certificacion de los impedimentos que se les hubiesen denunciado, ó negativa en el caso de que no se les hubiese hecho ninguna denuncia.

6.ª Antes de hacer uso el juez municipal de la facultad que le concede el art. 16 de la ley, de dispensar la publicacion de edictos cuando cualquiera de los que intenten contraer matrimonio se hallen en inminente peligro de muerte, exigirá certificacion facultativa que acredite esta circunstancia. En vista de ella y de los demas datos y noticias que sobre el caso pueda adquirir, acordará dicha dispensa si considerase suficientemente justificado el peligro de que queda hecho mérito.

7.ª Para que los militares en activo servicio puedan considerarse dispensados de la publicacion de edictos, á tenor de lo prevenido en el art. 17 de la ley, será indispensable que presenten certificacion de su libertad, expedida por los jefes del cuerpo ó cuerpos armados á que hayan pertenecido durante los dos últimos años y pertenezcan al solicitar el matrimonio. Si no hubiesen servido todo aquel tiempo, se fijarán edictos en el domicilio ó domicilios que hubiesen tenido desde la fecha anterior en dos años á la solicitud del matrimonio hasta su entrada en el

servicio. En ningun caso se entenderán relevados de presentar el documento que acredite en debida forma el consentimiento ó consejo favorable de quienes deban prestarlo, cuando lo necesiten para contraer matrimonio.

Art. 4.° Siempre que se presentase oposicion formal al matrimonio intentado, los jueces municipales y demas funcionarios á quienes corresponda entender en la misma, procederán con extricta sujecion á lo dispuesto en los artículos 20 al 27 de la ley y á las prescripciones siguientes:

1.ª Toda oposicion en que se denuncien otros impedimentos que los expresados en los artículos 4.°, 5.° y 6.° de la ley, en que denunciándose el mencionado en el núm. 3.° del art. 5.° no fuere hecha por la persona llamada por la ley de 20 de Junio de 1862 á dar la licencia ó el consejo para el matrimonio intentado, y las que fueren presentadas fuera del término señalado en el art. 23, serán desechadas de plano por el juez municipal á quien se presenten.

2.ª Tambien lo serán aquellas en que se ratificaren los denunciantes, por su culpa ú omision, durante las veinticuatro horas siguientes á la presentacion de la denuncia.

3.ª Hecha la ratificacion, el juez municipal dictará sentencia mandando notificar la denuncia á los que intentaren contraer matrimonio, y á sus padres y curadores si aquellos fueren menores de 25 años de edad.

Los interesados podrán hacer constar en la diligencia de notificacion, si en vista de la denuncia persisten en la celebracion del matrimonio. En el caso de desistimiento se suspenderá toda diligencia ulterior, remitiéndose el expediente al juez designado para autorizar el matrimonio.

4.ª Si los interesados no manifestasen en el acto de la notificacion ó en las veinticuatro horas siguientes su desistimiento, el juez dictará providencia, mandando recibir á prueba la denuncia por el término de ocho dias.

Esta providencia se notificará al denunciante y á aquellos á quienes se hubiese tambien notificado la denuncia.

Los interesados, si fuesen mayores de 25 años de edad, y sus legítimos representantes si fuesen menores, podrán oponerse á la denuncia; admitiéndoseles en este caso, lo mismo que al denunciante, todas las pruebas pertinentes que en el expresado término propongan.

Las pruebas se practicarán en todo caso con citacion de ambas partes interesadas. Las declaraciones de testigos se reci-

birán á presencia de las mismas si quisieren concurrir, pudiendo hacerse de palabra á aquellos las preguntas y repreguntas que deseen y el juez estime conducentes. No se admitirán interrogatorios por escrito.

5.ª Trascurridos los ocho dias útiles destinados para la prueba, á contar desde el de la última notificacion de la providencia mencionada en la regla anterior, se unirán á la denuncia las pruebas practicadas, citándose y emplazándose á las partes ó á sus representantes para que comparezcan ante el tribunal de partido que haya de resolver la denuncia dentro del término de ocho dias, á contar desde la fecha del último emplazamiento. Este término se ampliará á razon de un dia más por cada 10 leguas de distancia del pueblo en que resida el emplazado á aquel en que radique dicho tribunal.

6.ª El juez que haya instruido el expediente lo remitirá inmediatamente al tribunal del partido, haciendo la remision por conducto del que deba autorizar la celebracion del matrimonio, si éste no fuese el mismo que lo hubiese instruido.

El juez á quien corresponda autorizar el matrimonio remitirá juntos todos los expedientes referidos á dicho tribunal.

7.ª Recibidos en éste, y trascurrido el término del emplazamiento, el tribunal de partido convocará los interesados que se hubiesen personado y al fiscal á juicio verbal, que deberá celebrarse dentro de los tres dias siguientes á aquél en que se concluya el término del emplazamiento.

8.ª Los interesados y el fiscal podrán presentar en el acto del juicio verbal los nuevos documentos y testigos que les convengan. El tribunal podrá asímismo dictar, para mejor proveer, las providencias que considere indispensables á fin de conseguir el mayor esclarecimiento de algun hecho.

9.ª En todo caso, dentro de los cinco dias siguientes al de la celebracion del juicio verbal, el tribunal de partido dictará providencia motivada, admitiendo ó desestimando las denuncias presentadas.

Si la denuncia fuese desestimada, los denunciantes serán condenados á la indemnizacion de los gastos ocasionados á los que intentaren contraer el matrimonio, á no ser que la denuncia fuese desestimada por hallarse comprendida en la regla 1.ª del art. 4.º de este decreto, en cuyo caso se impondrá la expresada indemnizacion al juez que indebidamente hubiere dado curso á la denuncia.

Si el tribunal de partido considerase maliciosa la denuncia,

reservará su derecho á los perjudicados para reclamar en juicio ordinario el resarcimiento de daños y perjuicios.

10. Contra la providencia del tribunal no se dará recurso alguno; pero siempre se entenderá reservado su derecho á los interesados para que puedan ejercitarlo en juicio ordinario.

11. Dictada la providencia por el tribunal, mandará devolver inmediatamente todos los expedientes al juez municipal ó á quien correspondiese autorizar la celebracion del matrimonio.

Art. 5.° No podrá procederse á la celebracion del matrimonio sin que el juez de paz á quien corresponda autorizarlo haga constar en el expediente no haberse presentado en tiempo oportuno denuncia de impedimento legal, ó en otro caso que ha sido desestimada por el tribunal de partido.

Art. 6.° Practicado lo que se expresa en el artículo anterior, no podrá diferirse la celebracion del matrimonio, á no ser que el juez municipal tuviese motivos fundados para creer que existe algun impedimento legal, en cuyo caso pondrá aquellos en conocimiento del representante del ministerio fiscal, á fin de que formule la correspondiente denuncia si la estimase procedente.

Si en las veinticuatro horas siguientes no se presentase esta denuncia, el juez municipal no podrá dilatar por esta causa la celebracion del matrimonio.

Art. 7.° Antes de proceder á la celebracion del matrimonio, el juez municipal examinará los documentos á que se refiere el art. 31 de la ley para cerciorarse de su validez y autenticidad.

Ademas de estos documentos, exigirá que acrediten haber obtenido la licencia del gobierno los que la necesitaren para contraer matrimonio.

Art. 8.° El juez municipal no podrá delegar sus facultades para la autorizacion de los matrimonios. En los casos de ausencia, enfermedad ú otro impedimento legítimo, les sustituirán los suplentes á quienes corresponda con arreglo á las disposiciones legales.

Art. 9.° El acto de la celebracion del matrimonio se verificará con sujecion á las prescripciones de los artículos 37 y 38 de la ley, y ademas se observarán las siguientes:

1.ª El acto será público y solemne, y se verificará en el dia que los contrayentes designen, poniéndose al efecto de acuerdo con el juez municipal y en la hora que éste determine.

2.ª Los dos testigos, que necesariamente lo han de presen-

ciar, serán designados por los contrayentes, debiendo aquellos ser mayores de edad, conforme al art. 38 de la ley.

3.ª Llegada la hora designada para la celebracion del matrimonio, y hallándose presentes los que deban concurrir al acto, el juez municipal manifestará el objeto de la reunion, y mandará que se proceda á llenar sucesivamente todas las formalidades expresadas en dicho art. 38.

Si los contrayentes ó alguno de ellos fuese sordo-mudo, deberá expresar su consentimiento por signos que no den lugar á duda acerca de su voluntad de prestarlo.

Si los contrayentes ó alguno de ellos no entendiese el castellano, el juez nombrará un intérprete que comunique con ellos y trasmita al juez y á los concurrentes sus respuestas. Este intérprete deberá tener las circunstancias que se requieren para ser testigo de mayor excepcion, y jurará préviamente desempeñar fielmente su cargo. Cuando ocurran estos casos excepcionales, se hará mencion de ellos en el acta del matrimonio.

Art. 10. Terminada la celebracion del matrimonio, se procederá acto contínuo á extender el acta prevenida en el art. 39 de la ley, con extricta sujecion á lo dispuesto en el mismo y en los 15, 17, 19, 20, 66 y 67 de la de Registro civil y á los modelos que oportunamente se circularán por la Direccion general de los Registros civil y de la propiedad y del Notariado.

Art. 11. El acta expresada en el artículo anterior se inscribirá en un registro provisional que se abrirá al efecto en cada juzgado municipal y subsistirá hasta que se plantee el definitivo que previene la referida ley de registro civil.

Art. 12. El Registro provisional expresado en el artículo que antecede se llevará en un libro ó cuaderno de papel del sello de oficio, debiendo estar foliadas todas sus hojas y rubricadas por el presidente del tribunal de partido, poniéndose ademas en ellas el sello del mismo tribunal y extendiéndose en la primera hoja útil una certificacion del referido presidente, firmada por el mismo y por el secretario del tribunal, en que se exprese el número de folios que contenga el libro ó cuaderno y no estar manchado, inutilizado ni escrito ninguno de aquellos.

Los presidentes del tribunal de partido mandarán formar desde luégo los referidos libros ó cuadernos con el papel de oficio que exista en su poder para los asuntos de su cargo, pidiendo en seguida al jefe de la administracion económica de la provincia que los provea del necesario, á fin de que los negocios no sufran dilacion en su curso por falta del mismo.

Los jueces municipales dispondrán que se trace y separe, por medio de una raya perpendicular de tinta, una márgen equivalente á la tercera parte, sobre poco más ó ménos, del ancho de la hoja del libro.

Art. 13. La primera inscripcion del acta de matrimonio en el libro se hará á continuacion de la certificacion expresada en el art. 12.

Las demas inscripciones se irán extendiendo sucesivamente sin dejar hueco alguno en blanco, excepto el natural intermedio de las firmas de la anterior.

Las equivocaciones ú omisiones que se hubiesen cometido al extender las actas, se salvarán de puño y letra de la misma persona que haya escrito el asiento, al final de éste, antes de ser firmada el acta, y haciéndose al efecto las oportunas llamadas. Las tachaduras se harán al propio tiempo, pero de modo que siempre se pueda leer la palabra ó palabras tachadas.

Al márgen de la primera línea de cada inscripcion se pondrá en guarismo el número de órden correspondiente á la misma, y debajo de este número los nombres y apellidos de los contrayentes á que se refiera la inscripcion.

Art. 14. Todas las diligencias anteriores á la celebracion del matrimonio se extenderán en papel del sello de oficio, que deberán proporcionar los interesados.

No se exigirán por aquellas derechos ni retribucion de ninguna clase, bajo ningun concepto, por las autoridades y funcionarios que intervengan en las mismas.

Art. 15. Las certificaciones afirmativas ó negativas que, con referencia al registro provisional ó á los documentos que obran en los expedientes de matrimonio, expidan los jueces municipales á instancia de los interesados, deberán extenderse en el papel del sello correspondiente y estar autorizadas, ademas del juez municipal, por el secretario, estampándose al pié de las firmas el sello del juzgado.

Por estas certificaciones ó copias devengarán los secretarios de los juzgados municipales una peseta por cada una, quedando á cargo de los mismos el cubrir los gastos de material que ocasionen las celebraciones de matrimonio y el referido registro provisional.

Cuando los interesados sean pobres, se les expedirán gratis las expresadas certificaciones y copias en papel de oficio.

Art. 16. Inscritos los matrimonios, los expedientes y documentos relativos á los mismos se archivarán y custodiarán por

el órden debido en los respectivos juzgados municipales, bajo la responsabilidad de los jueces y secretarios.

Art. 17. Los matrimonios que se hayan celebrado hasta la promulgacion de la ley de matrimonio civil, en los términos expresados en el art. 2.° de las disposiciones transitorias de la misma, se trascribirán al registro provisional del juzgado de paz en que tuviesen su domicilio ó residencia los contrayentes, ó alguno de ellos, al tiempo de su celebracion; siendo llamados éstos, así como el alcalde que los haya autorizado y los testigos presenciales, á firmar el acta trascrita, la cual será firmada igualmente por el juez municipal y secretario.

Art. 18. En los casos en que no sea posible proceder á la celebracion del matrimonio por existir impedimentos dispensables y no poderse solicitar la dispensa hasta que se publiquen los reglamentos indicados en el art. 2.° del presente decreto, si los interesados celebrasen válidamente el matrimonio canónico y verificasen la celebracion del civil dentro de los dos meses siguientes á la publicacion de dichos reglamentos, los efectos civiles del mismo se retrotraerán á la fecha del canónico.

Art. 19. Las cuestiones que se susciten sobre divorcio, nulidad ó disolucion del matrimonio, cuyo conocimiento competa á la jurisdiccion civil ordinaria, á tenor de la disposicion general de la ley, quedarán en suspenso hasta que se establezca en la de Enjuiciamiento civil el procedimiento que ha de seguirse en aquellas causas.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS.

1.ª Los actuales jueces de paz desempeñarán y cumplirán todas las funciones, deberes y atribuciones que, en virtud de la ley y del presente decreto, corresponden á los jueces municipales hasta que se publique la ley orgánica del poder judicial y tomen conforme á ella esta denominacion.

2.ª Miéntras no se establezcan los tribunales de partido, los jueces de primera instancia desempeñarán en el territorio de su juzgado respectivo todas las funciones, deberes y atribuciones que se confieren á dichos tribunales y á sus presidentes. Los promotores fiscales y los secretarios de gobierno de los juzgados entenderán del mismo modo en los actos correspondientes á los fiscales y secretarios del tribunal de partido.

3.ª Las dudas que ocurrieren á los jueces de paz ó municipales acerca de la inteligencia y aplicacion de la ley y del pre-

sente decreto serán consultadas por los mismos en comunicacion clara y precisa á los jueces de primera instancia respectivos, quienes las resolverán á la mayor brevedad con audiencia del promotor fiscal. Si el caso fuese de gravedad, lo consultarán á su vez á la Direccion general de los registros civil y de la propiedad y del notariado en el ministerio de Gracia y Justicia, elevando al efecto los antecedentes con su informe para su resolucion definitiva.

4.ª Los gobernadores de las provincias mandarán insertar el presente decreto en los *Boletines Oficiales* de las mismas en cuanto reciban la *Gaceta* en que se publique, previniendo que proceda igual insercion de las leyes de matrimonio y registro civil, si no se hubiese ya efectuado.

Madrid 16 de Agosto de 1870.—Francisco Serrano.—El ministro interino de Gracia y Justicia, Laureano Figuerola.

DECRETO DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1872.

En vista de las consideraciones que me ha expuesto el ministro de Gracia y Justia, oida la sala de gobierno del Tribunal Supremo, y de acuerdo con el Consejo de Ministros, vengo en decretar lo siguiente:

Artículo 1.° Las demandas de nulidad del matrimonio y de divorcio propuestas en los juzgados de primera instancia con arreglo á la ley provisional de 18 de Junio de 1870 sobre matrimonio civil que se hallen sin curso, y las que se propongan en lo sucesivo, se sustanciarán y fallarán en juicio ordinario con sujecion á las reglas que determina el título 7.° de la ley de Enjuiciamiento civil en cuanto sean aplicables; pero con las variantes que expresan los siguientes artículos de este decreto.

Art. 2.° A las demandas de divorcio procederá siempre, y aunque los cónyuges ó alguno de ellos sea menor de edad, el acto de conciliacion, ó se hará constar que se ha intentado sin efecto.

La avenencia de las partes en este acto sólo será eficaz para el caso en que se acordasen continuar su vida marital.

El expresado acto de conciliacion se acomodará en cuanto le sean aplicables á las disposiciones del título 6.° de la ley de Enjuiciamiento civil.

Art. 3.° Igual acto procederá á las demandas de nulidad del matrimonio cuando la causa determinante de aquella sea algu-

na de las comprendidas en los números 3.°, 4.° y 5.° del art. 92 de la ley de matrimonio civil.

Tampoco será válida la avenencia en este acto fuera del caso expresado en el párrafo segundo del artículo anterior.

El juez ante el cual se celebre el acto enterará á los interesados de la obligacion de ratificar ó subsanar los defectos que se relacionen con las causas que se citan en los números del mencionado artículo de la ley de matrimonio.

Art. 4.° A la admision de la demanda de nulidad del matrimonio ó de divorcio procederá una informacion sumaria, con arreglo á derecho, acerca de la certeza de los hechos ó causas que, segun la ley, puedan dar lugar á que se declare la nulidad ó el divorcio, siempre que unos ú otros no aparezcan desde luégo comprobados por documentos solemnes, públicos ú oficiales que la acompañen.

Art. 5.° En los casos que con arreglo al artículo anterior proceda la informacion prévia, se practicará con citacion y asistencia del ministerio fiscal ante el juzgado que, segun la ley, sea competente para conocer del negocio en el fondo.

Art. 6.° En las demandas de divorcio, y cuando la urgencia lo reclame, el juez procederá con arreglo á lo dispuesto en la segunda parte de la ley de Enjuiciamiento civil respecto á los extremos expresados en el art. 87 de la ley de matrimonio.

Estas disposiciones se aplicarán igualmente á las demandas de nulidad.

Art. 7.° Los cónyuges menores de edad no tendrán necesidad de curador para comparecer en juicio como demandantes ó demandados, á no hallarse legalmente incapacitados por otro concepto.

Art. 8.° El ministerio fiscal será siempre parte en los juicios de nulidad de matrimonio y de divorcio; debiendo ser oido en último lugar cuando no sea él el que promueva la demanda de nulidad.

Art. 9.° Todos los incidentes del juicio se sustanciarán, segun los casos, con arreglo á las prescripciones legales vigentes para cada uno.

Art. 10. Los jueces y tribunales apreciarán, segun las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de los documentos privados, aunque sean reconocidos como eficaces por las partes, y manifestaciones ó confesiones que estas hicieren en juicio.

Art. 11. Contra las providencias, autos y sentencias que se dicten en los juicios referidos, podrán deducirse los recursos

ordinarios, extraordinarios y de casacion permitidos por las leyes vigentes, debiendo imponerse en el tiempo y forma que las mismas prescriben.

Dado en palacio á 23 de Noviembre de 1872.—Amadeo.—El ministro de Gracia y Justicia, Eugenio Montero Rios.

DECRETO.

La ley de 18 de Junio de 1870, prescindiendo de que el matrimonio es sacramento entre los católicos, y sin considerar bastante que la religion santa que así lo establece es la única que con pocas excepciones profesa la nacion española, hizo depender la validez del sagrado vínculo nupcial, respecto á sus efectos legales, no tanto de las condiciones prescritas por la Iglesia, cuanto de las nuevamente introducidas por el Estado. Hasta entónces habia existido perfecto acuerdo sobre este punto fundamental entre la legislacion civil y la canónica. Nuestros monarcas, rindiendo justo tributo á la fé religiosa de los españoles, se habian limitado á sancionar con su autoridad en el órden civil el matrimonio instituido por Dios y regularizado por la Iglesia. Leyes recientes, nacidas en medio de los disturbios políticos, negando toda eficacia á aquella santa institucion y sustituyéndola con actos profanos y formalidades administrativas que pugnan con nuestras costumbres, han hecho cesar aquel feliz acuerdo entre ambas legislaciones, rebajando la dignidad del matrimonio y de la familia.

Si el establecimiento de un consorcio sin carácter sagrado puede ser necesario allí donde, profesándose diversas creencias religiosas que difieran esencialmente en cuanto á las condiciones del matrimonio, no es permitido al Estado adoptarlas por norma en sus leyes, no sucede lo mismo en España, donde apénas se practica por fortuna, á pesar de la libertad concedida en estos últimos años, otra religion que la católica. Si la sustitucion del párroco por el empleado público en la celebracion del matrimonio puede ser indispensable para los que no reconocen la autoridad de la Iglesia ó profesan cultos cuyos ministros no tienen la organizacion ni las condiciones adecuadas para que el Estado se atenga á su testimonio en cuanto se refiera al ejercicio de una funcion social tan importante, no sucede lo mismo cuando la mayoría ó la casi totalidad de los súbditos prefiere confiar esta funcion al ministro de la Iglesia, y no hay motivo para que el Estado se la niegue por desconfianza.

De no haberse tenido bastante en cuenta esta circunstancia esencialísima, ha resultado otro desacuerdo lamentable entre la opinion pública, inspirada por la fé religiosa y por el influjo de inveteradas costumbres, y los preceptos y declaraciones de la ley reciente sobre el matrimonio civil; desacuerdo que inquieta las conciencias, estimula á la inobservancia de la misma ley con gran perjuicio de los derechos de familia, y hace al fin recaer los efectos de ella con notoria injusticia sobre víctimas inocentes.

Por estas graves consideraciones el gobierno se cree en el deber imperioso de apresurarse á restablecer la conveniente armonía entre la legislacion civil y la canónica en punto al matrimonio de los católicos, devolviendo á este santo sacramento todos los efectos que le reconocian nuestras antiguas leyes, y restituyéndolo á la exclusiva jurisdiccion de la Iglesia. Si no es más digno de la fé pública el empleado subalterno encargado del registro que el sacerdote consagrado toda su vida al ejercicio de su santo ministerio, no hay tampoco fundado motivo para que la ley niegue su sancion al contrato solemne con carácter sacramental, que el párroco autoriza y justifica con su testimonio.

Mas como de aquí no se sigue que el Estado no necesite conocer oportunamente todos los actos de esta especie á que haya de prestar su autoridad; y por otra parte es notorio su interes en impedir los errores y descuidos que pudieran cometerse al hacerlos constar, el gobierno mantiene la obligacion de inscribir en el registro civil todos los matrimonios canónicos inmediatamente despues de su celebracion. No exigirá como hasta aquí á los unidos por este santo vínculo que comparezcan á contraer otro profano ante el juez municipal; pero sí que soliciten la inscripcion del primero presentando la partida parroquial que lo acredite. Y si reconocida la eficacia del sacramento no es posible entre católicos hacer depender su validez de una formalidad posterior prescrita por la ley secular, es, no sólo lícito, sino necesario asegurar su cumplimiento con penas adecuadas y evitar su omision con las noticias que faciliten los párrocos.

Pero no basta restituir á los futuros matrimonios los efectos civiles que les corresponden y derogar respecto á ellos la ley de 18 de Junio de 1870: es ademas necesario determinar los que han de reconocerse á los matrimonios meramente canónicos y á los consorcios exclusivamente civiles celebrados bajo el imperio de la misma ley, y esta resolucion es la que ofrece en

ciertos puntos dificultades casi insuperables. Si de asunto ménos vital se tratase, ó si la ley del matrimonio civil hubiera sido generalmente admitida y practicada, no habria duda, segun el principio de la no retroaccion de las leyes, en que los matrimonios meramente canónicos celebrados desde que se puso en observancia dicha ley, no deberian surtir los efectos civiles que van á reconocérseles sino desde la publicacion del presente decreto, respetándose en su consecuencia todos los derechos originados durante dicho período sin distincion alguna. Pero como á pesar de los anatemas de la ley la opinion ha seguido considerando válidos tales matrimonios y legítimos los hijos nacidos de ellos y eficaces todos los derechos propios de las justas nupcias, se cometeria una grave falta de equidad aplicándoles con todo rigor aquel saludable principio. Así para que la resolucion que sobre ellos se adopte no pugne con la creencia general, es indispensable retrotraer sus efectos á la época de su celebracion, al ménos en cuanto á los derechos que hayan originado á título gratuito, respetándose únicamente los adquiridos por terceras personas á título oneroso.

Pero así como se reconocen estos efectos al matrimonio canónico en justo homenaje á la conciencia pública, así no se pueden desconocer los de los consorcios puramente civiles celebrados ó que se celebren al amparo de la ley de 1870, por los que no profesando la religion católica ó separándose del gremio de ella, no hayan sido ó dejen de ser hábiles para casarse con la bendicion de la Iglesia. El gobierno no puede impedir que residan en España personas de otra creencia que la verdadera, ni obligar á las prácticas del culto á los malos católicos sujetos á las censuras y penas eclesiásticas. Admitido este hecho, que es ineludible lo mismo ahora que bajo la antigua monarquía, el Estado no debe privar á tales personas de los medios de constituir familias que puedan ingresar algun dia en el seno de la Iglesia. Por eso el gobierno, á la vez que deroga en cuanto al matrimonio católico la ley de 1870, con excepcion de un sólo capítulo que contiene únicamente y mejora disposiciones de carácter civil, no puede ménos de dejarla subsistente en cuanto al consorcio de la misma índole que hayan contraido ó lleguen á contraer los que, no profesando la religion de nuestros padres, estén imposibilitados de santificarlo con el sacramento.

Esta regla exige, sin embargo, una excepcion de que el respeto debido á la opinion pública no permite prescindir, y que en el caso presente tiende á restablecer y no á alterar el verda-

dero sentido de un artículo de la misma ley de 1870, equivocadamente interpretado por el decreto de 1.° de Mayo de 1873. Prohibía el referido artículo de una manera absoluta el matrimonio de los católicos ordenados *in sacris* ó ligados por votos solemnes de castidad. El decreto posterior citado restringiendo el sentido de esta disposicion permitió luégo aquel prohibido consorcio cuando los contrayentes declarasen haber abjurado de la fé católica. Ahora se restablece el genuino y verdadero sentido de la prohibicion por las mismas razones que movieron sin duda á dictarla.

Así cesará el matrimonio civil para todos los que puedan contraer el canónico: se conservará tan sólo aquella forma de contrato para los que no la puedan hacer consagrar por el párroco: se reconocerán los efectos civiles de los matrimonios meramente canónicos contraidos en este último período desde el momento de su celebracion y los de los consorcios meramente civiles celebrados en el mismo tiempo; y sin traspasar el Estado los límites de su autoridad, recobrará toda su jurisdiccion la Iglesia.

Por estas consideraciones el Rey, y en su nombre el Ministerio-regencia del reino, decreta lo siguiente:

Artículo 1.° El matrimonio contraido ó que se contrajere con arreglo á los sagrados cánones, producirá en España todos los efectos civiles que le reconocían las leyes vigentes hasta la promulgacion de la provisional de 18 de Junio de 1870.

Los matrimonios canónicos celebrados desde que empezó á regir dicha ley hasta el dia, surtirán los mismos efectos desde la época de su celebracion, sin perjuicio de los derechos adquiridos por consecuencia de ellos por terceras personas á título oneroso.

Art. 2.° Los que contraigan matrimonio canónico solicitarán su inscripcion en el registro civil presentando la partida del párroco que lo acredite en el término de ocho dias, contados desde su celebracion. Si no lo hicieren sufrirán, pasado este término, una multa de 5 á 50 pesetas, y ademas otra de 1 á 5 pesetas por cada dia de los que tarden en verificarlo; pero sin que esta última pueda exceder en ningun caso de 400 pesetas.

Los insolventes sufrirán la prision subsidiaria por sustitucion y apremio con arreglo á lo dispuesto en el art. 50 del Código penal.

Los que hayan contraido matrimonio canónico despues que empezó á regir la ley de 18 de Junio de 1870 y no lo hubieren

inscrito, deberán, bajo las mismas penas, solicitar su inscripcion en el término de noventa dias, contados desde la publicacion de este decreto en la *Gaceta.*

Art. 3.° Se ruega y encarga á los reverendos prelados dispongan que los párrocos suministren directamente á los jueces encargados del registro civil noticia circunstanciada, en la forma que determinarán los reglamentos, de todos los matrimonios que hayan autorizado desde la fecha en que empezó á cumplirse la ley citada de 1870 y de los que en adelante autoricen.

Si algun párroco faltare á esta obligacion, el juez municipal denunciará la falta al prelado y la pondrá en conocimiento de la Direccion general del registro civil para lo que corresponda.

Art. 4.° La partida sacramental del matrimonio hará plena prueba del mismo despues que haya sido inscrito en el registro civil. Cuando el matrimonio no hubiere sido inscrito deberá la partida someterse á las comprobaciones y diligencias que dispondrán los reglamentos y á las que los tribunales estimen necesarias para calificar su autenticidad.

Art. 5.° La ley de 18 de Junio de 1870 queda sin efecto en cuanto á los que hayan contraido ó contraigan matrimonio canónico, el cual se regirá exclusivamente por los sagrados cánones y las leyes civiles que estuvieron en observancia hasta que se puso en ejecucion la referida ley.

Exceptúanse tan sólo de esta derogacion las disposiciones contenidas en el capítulo 5.° de la misma ley, las cuales continuarán aplicándose, cualquiera que sea la forma legal en que se haya celebrado el contrato de matrimonio.

Art. 6.° Las demas disposiciones de la ley de 18 de Junio de 1870 no exceptuadas en el segundo párrafo del artículo anterior, serán sólo aplicables á los que, habiendo contraido consorcio civil, omitieren celebrar el matrimonio canónico, á ménos que estuvieren ordenados *in sacris* ó ligados con voto solemne de castidad en alguna órden religiosa canónicamente aprobada, los cuales, aunque aleguen haber abjurado de la fé católica, no se considerarán legítimamente casados desde la fecha de este decreto; pero quedando á salvo en todo caso los derechos consiguientes á la legitimidad de los hijos habidos ó que nacieren dentro de los trescientos dias siguientes á la fecha de este decreto, los de la potestad paterna y materna y los adquiridos hasta el dia por consecuencia de la sociedad conyugal que habrá de disolverse.

Art. 7.° Las causas pendientes de divorcio ó nulidad de matrimonio canónico y las demas que segun los sagrados cánones y las leyes antiguas de España son de la competencia de los tribunales eclesiásticos, se remitirán á estos desde luego en el estado y en la instancia en que se encuentren por los jueces y tribunales civiles que se hallen conociendo de ellas.

Serán firmes las ejecutorias dictadas en las causas ya fenecidas.

Art. 8.° El gobierno dará cuenta á las Córtes del presente decreto para su aprobacion.

Madrid 9 de Febrero de 1875.—El presidente del ministerio-regencia, Antonio Cánovas del Castillo.—El ministro de Gracia y Justicia, Francisco de Cárdenas.

LEY CUATRIGÉSIMAOCTAVA.

(L. 9.ª, tít. 4.º, lib. V de la Rec., y L. 3.ª, tít. 5.ª, lib. X de la Nov.)

«El hijo casado y velado haya el usofructo de los bienes adventicios.

Mandamos que de aqui adelante el fijo, ó fija, casandose ó velandose ayan para si el usofructo de todos sus bienes adventicios, puesto que sea vivo su padre, el cual sea obligado á ge lo restituir, sin le quedar parte alguna del usofructo dellos.»

COMENTARIO.

1. Esta es una seccion de las más importantes de la constitucion de la familia. Desde el momento que se empezó á disminuir la autoridad del jefe de la casa, privándole de ese derecho estúpido de vida y muerte, y se consideró á la mujer, no esclava, sino matrona, era preciso tambien que á la prole se la reconocieran ciertos derechos que, sin privar al padre de muchas de las atribuciones que tenian su base en la patria potestad, pudieran los hijos adquirir algo para sí, sirviéndoles esto de incentivo y que fueran laboriosos y principalmente buenos ciudadanos.

2. El pensador imparcial podrá conceder á las instituciones antiguas el mérito que se quiera, porque dieron cierto resultado práctico, atendidas las circunstancias de la época en que nacieron. Si en la ley de las Doce Tablas se otorgaba al padre ese derecho de vida ó muerte y se consagraba, en una palabra, la esclavitud más repugnante, es lo cierto que esos derechos absurdos poquísimas veces se pusieron en práctica. A medida que Roma se civilizaba, perdiendo mucho sus austeras costumbres,

empezaron á modificarse las omnímodas facultades de la autoridad paterna.

3. En los tiempos de mayor rigidez habia una ley superior á las que regian en el hogar doméstico. La patria exigia el servicio de todos sus hijos, y era natural que los primeros que formaban las legiones romanas fueran jóvenes sujetos á la patria potestad. Estos hijos de familia, por sus heróicos hechos, ocupaban altos puestos en la milicia; y por más que algun suceso aislado se conmemore en los historiadores, suponiendo que la autoridad paterna era tan grande que hacía descender del carro triunfal á los héroes, lo cierto y positivo es que el guerrero se tenía y reputaba como libre é independiente, y ningun padre se atrevía á mezclarse en las filas para arrancar de ellas á su hijo.

4. Así se explica cómo nació el peculio castrense, que representa toda adquisicion que hace el militar, no sólo por el derecho de conquista, sino como remuneracion de los servicios que presta á la patria. La independencia del individuo, que lleva la enseña de la fuerza, fué primero un hecho que adquirió á muy luégo la sancion del derecho. Los admiradores del despotismo republicano supondrán que hasta los tiempos de Augusto no se sancionó ese premio, como defiende Hemnecio en el libro II, tít. 9.° de sus recitaciones, párrafo 478; pero séanos permitido disentir de esas opiniones, porque no sólo en los tiempos más florecientes de la república, sino principalmente en los dos últimos siglos ántes del imperio, en que las dictaduras se sucedieron con pequeños intervalos, el elemento militar ejerció gran influjo y los legionarios no reconocian más traba ni otra ley que la muy estrecha de la milicia, especialmente cuando se hallaban de guarnicion en los pueblos conquistados. Al hablarse de este peculio en la ley 11.ª, ff. de *castrensi peculio* y 1.ª c. del mismo título, no hacía Justiniano más que sancionar de un modo solemne lo que venia observándose desde la más remota antigüedad.

5. Y no fueron solos los soldados los que adquirian estas prerogativas. La toga ha sido siempre la émula, y podremos decir el contrapeso de la espada. Los que se dedicaban al foro, los que defendian y administraban la justicia, los que en los comicios y en el senado se ocupaban de la cosa pública, no podian ser de peor condicion que los militares. Los hijos, dedicados á estos estudios, y despues los que estaban consagrados á los servicios públicos y hasta á las artes liberales, merecieron

que se les reconocieran estas ganancias como peculio *cuasi castrense*. Sin embargo, no se garantizó esto hasta los tiempos de Adriano y Antonino Pio, segun puede verse en la ley última c. de *inofficioso testamento* y 14 c. de *advocat divers judic.*

6. En realidad no debia llamarse peculio lo que el padre entregaba al hijo para que lo administrase ó dedicara á la industria ó comercio. El hijo, en casos semejantes, no es, en rigor, más que un dependiente que maneja y administra bienes ajenos, y que teniendo la esperanza de que en lo futuro sean suyos, los cuida y procura prosperen bajo la vigilancia del padre.

7. Otro peculio existe, que es del que se ocupa la ley que comentamos. El hijo de familia puede ser propietario desde el momento que nace, porque más de una vez hereda á la madre que le dió el ser ú otros parientes que mueren á las pocas horas de venir aquel al mundo. En estos bienes, que componen el peculio adventicio, tiene el padre, no sólo la administracion, sino el usufructo, que no pierde ínterin y hasta tanto que el hijo no sale de la patria potestad.

8. El legislador ha de luchar siempre con las reminiscencias de lo antiguo. Hasta los tiempos del emperador Constantino no se concedió al hijo de familia la propiedad de los bienes heredados de su madre. Graciano, Valentiniano y Teodosio, hicieron extensivo ese derecho á todas las adquisiciones que procediesen de los parientes maternos. Y se comprende perfectamente el fundamento de esa disposicion legal. Siendo heredero ó propietario ó usufructuario el padre, los parientes de la madre no dejarian su riqueza para que la aprovechase una persona á quien quizá aborrecian. Antes de esas reformas se habian empezado á hacer distinciones, de las que se ocupó el Senado Consulto Treveliano y que comenta con su recto criterio Heineccio en sus antigüedades romanas, título 9.º, párrafo 2.º, nota B.

9. Nuestros primitivos códigos hablan poco, ó mejor dicho, nada de los *peculios;* pero el sabio rey los enumera y describe en la Partida 4.ª, título 17.º, y especialmente en las leyes 5.ª, 6.ª y 7.ª.

10. La primera dificultad que ocurre á los jurisconsultos es, si cuando el hijo sale de la patria potestad, sin que el padre le emancipe, pierde éste el usufructo de los bienes adventicios. Discutieron ámpliamente sobre cuáles eran las dignidades que daban lugar á esa emancipacion, y cuáles los casos en que el padre se quedaba, ya con la mitad del usufructo, ya con la tercera parte. Nuestras consideraciones no pueden extenderse á tan

minucioso exámen, porque como en otras ocasiones hemos repetido, esta obra no es un tratado de derecho civil, sino puramente un comentario á las leyes de Toro, por más que alguna vez nos tomemos licencia para recordar la antigua legislacion, la que despues se ha promulgado, y hasta merezcamos censura por emitir nuestro parecer sobre la necesidad de reformas.

11. Dijera lo que quisiera el derecho romano sobre emancipacion de los hijos y sus peculios, y no olvidando el jurista español que los títulos 17.° y 18.° de la Partida 4.ª hablan de los peculios, donde encontrará materiales para explicar los casos y dudas que le ocurran, solo sí parece á nuestro propósito manifestar que, segun la ley 48.ª de Toro, el padre pierde completamente el usufructo de los bienes adventicios del hijo cuando éste contrae matrimonio y se vela con arreglo á los ritos de la Iglesia, segun se prescribe en la misma ley.

12. ¿Quiere esto decir que ese precepto universal comprende hasta el caso de quedar el padre en la miseria, perdiendo el usufructo de los bienes adventicios del hijo? La ley no distingue; pero esa regla general no impide que el padre pueda pedir los alimentos que el derecho natural y la ley civil le conceden. Una cosa es el absoluto dominio que el hijo adquiere en los bienes que proceden de su línea materna ó por cualquiera otro concepto, y otra es el ejercicio de derechos que descansan en esas mismas relaciones de familia.

13. Pocos son por fortuna los litigios que ocurren sobre los derechos que tienen su orígen en los peculios, porque en obsequio de la humanidad los vínculos de familia son todavía fuertes, y las pequeñas disidencias que suelen ocurrir se zanjan por lo comun de un modo amistoso.

14. No ha dejado, sin embargo, de ocuparse de esta materia el Tribunal Supremo. En 19 de Febrero de 1861 pronunció una sentencia explicando perfectamente qué es peculio profecticio y cómo y de qué manera puede el padre disponer de él. En 11 de Junio de 1868 se publicó otro fallo estableciendo reglas para distribuir el peculio adventicio, sobre cuyo punto ya habia emitido sus opiniones el Tribunal Supremo para varios y distintos casos en sus sentencias de 8 de Junio de 1861, 16 de Enero de 1862, 16 de Junio del mismo año, 30 de Diciembre de 1864 y 1.° de Febrero de 1867. Allí encontrará el jurista para las consultas que le ocurran gran copia de doctrina, que ni nos atrevemos á exponer ni ménos á comentar por la tantas veces citada índole de nuestro trabajo.

15. ¿Debemos decir algo sobre el derecho constituyente? Amigos del progreso, en el buen sentido, somos en esta materia verdaderos demócratas. Siempre aborrecimos que el hombre pueda explotar á sus semejantes aunque para esto tenga el sagrado título de la paternidad. Si las escuelas modernas defienden que todo ciudadano tiene derecho á los veintiun años para votar y elegir los legisladores (con cuyas doctrinas no estamos conformes), más santo es el derecho de hacer suyo lo que se adquiere con el sudor de la frente y se hereda sin consideracion alguna y sin que proceda del padre. Lo justo, lo equitativo, debe ser, que sin desatar los vínculos de familia y la obligacion alimentaria, el hombre á los veintitres años y la mujer á la misma edad, queden de hecho y de derecho emancipados y hagan suyo, no sólo lo que ganen con su trabajo é industria, sino lo que puedan adquirir por cualquiera otro concepto. Si el padre hasta entónces, y la madre en su caso, han sido los fieles guardadores y verdaderos usufructuarios de los bienes de los hijos, justo es que en llegando determinada edad puedan y deban ser independientes sus hijos. Esta es una cadena en cuyos eslabones á cada uno llega su vez. En las clases menesterosas es necesaria esta reforma, y no dudamos ni un instante que el dia que se redacte un buen código civil se apreciarán como corresponden estas ligeras indicaciones. En esto como en otras muchas cosas no hay más que atenerse á lo que de hecho se practica en algunas comarcas de Europa, en las que se realiza la emancipacion de los solteros y solteras que marchan á ejercer su industria fuera del pueblo que les vió nacer. No há mucho existia en Francia una poblacion de hijos de Alemania que iban á ganar el sustento en país extraño. Mayor número pasa, no sólo á los Estados Unidos, sino á todos los centros de América, y no los detiene por cierto la prohibicion paterna.

16. Mucho de esto mismo pasa en España, trasladándose grandes masas á las posesiones francesas de África y á la América del Sur. Podrá ser esto señal de pobreza, mal gobierno, ú otras causas, lo cual no nos toca á nosotros investigar; pero sí sirve de ejemplo para hacer patente la facilidad con que se relajan los vínculos de familia, adquiriendo de hecho los hijos su total independencia.

17. Sin salir de la Peninsula, y estudiando las costumbres de la provincia más industriosa de España, es curioso y digno de ser imitado lo que acontece en Cataluña. Allí goza aún de ciertas prerogativas el hijo mayor; pero en compensacion de

esto los menores empiezan á trabajar por su cuenta á los catorce años, y es costumbre que, permaneciendo al lado de sus padres, pagan dos ó tres reales por el sustento que reciben, y el resto lo guardan ellos ó sus mismos padres por el espíritu de prevision y economía de gente tan industriosa. Y cuidado que esto sucede principalmente en la poblacion rural.

18. De todos modos lo necesario y conveniente es que desaparezca de la ley civil toda traba que disminuya la libertad del hombre, cuando ha llegado al completo desarrollo de sus facultades físicas y morales, sin que por esto se desconozcan los legítimos títulos que tienen los padres para recibir la compensacion por sus desvelos y cuidados, sólo cuando necesiten de ese auxilio. Si han educado bien á sus hijos, estos les darán el premio, porque el amor filial no necesita del aguijon de la ley civil. Esta debe evitar á toda costa la tiranía en el hogar doméstico, y por eso somos tan partidarios de la emancipacion en un período determinado. Es dolorosísimo presenciar lo que ejecutan las clases ínfimas con sus hijos hasta en la más tierna edad, suponiendo que tienen todo el derecho que tenía el ciudadano romano. Especialmente en las poblaciones grandes las clases ínfimas son feroces. Esta materia se roza con la gran cuestion social de la educacion del pueblo; pero al paso que estamos muy distantes de las doctrinas disolventes sobre la perfecta igualdad humana, sí creemos que debe ser obligatoria la educacion primaria, no sólo porque todo ciudadano necesita saber leer y escribir, sino porque en la juventud se debe cimentar y fortalecer el principio religioso, sin el cual no es posible marche la humanidad. A los que no reconocen ningun freno, les preguntamos si es posible la existencia de un pueblo ateo. El solo indiferentismo está causando males sin cuento en Europa. Si fuera posible que se marchara Dios, el mundo se convertiría en un caos. Pongamos coto á nuestras invasiones en terreno que no es el nuestro. Amamos tanto á la humanidad que hasta tratando del asunto más indiferente y puramente científico, queremos dar un consejo ó hacer alguna observacion de utilidad pública. El lector nos disimulará nuestro extravío en gracia de nuestro buen deseo, y pasemos á comentar otra ley.

LEY CUATRIGÉSIMANOVENA.

(L. 1.ª, tít. 1.°, lib. V de la Rec., y L. 5.ª, tít. 2.°, lib. X de la Nov.)

Se prohiben los matrimonios clandestinos, y pena de los que los contrageron é intervinieron en ellos.

Mandamos que el que contrajiere matrimonio que la Iglesia tuviese por clandestino con alguna mujer, por el mismo fecho él y los que en ello intervinieren, y los que de tal matrimonio fueren testigos, incurran en perdimiento de todos sus bienes, é sean aplicados á nuestra cámara y fisco, y sean desterrados de estos nuestros reinos, en los cuales no entren, sopena de muerte, é que esta sea justa causa, para que el padre é la madre puedan desheredar, si quisieren á sus fijos que el tal matrimonio contrajeren, lo cual otro nenguno no pueda acusar sino el padre é la madre, muerto el padre.

COMENTARIO.

1. No pensamos engolfarnos en las infinitas controversias promovidas por los comentaristas al hablar de los matrimonios clandestinos en toda la extension de la palabra. Ciertamente, el crítico y el historiador, estudiando lo que en cada siglo se exigía para la celebracion de los matrimonios, puede despues deducir consecuencias más ó ménos acertadas sobre el estado de aquella sociedad. Habiendo dado gran extension á las cuestiones del matrimonio en general, al comentar la ley 46.ª, seria fácil incurrir en repeticiones que harian pesado este trabajo. Sin embargo, preciso es detenerse algun tanto en el asunto sobre ilegalidad de los matrimonios.

2. Pasemos por alto lo que ocurrió en la España Romana,

en cuyo período, si no hubo nunca épocas en qué una mujer de la Iberia tomára en un año ocho maridos y ménos que se propagase de la manera que en Roma el feo y degradante vicio de la sodomía, presumible es que este país, dependiente de Roma, participára algo de sus costumbres y que entónces se estimaron en poco la legalidad ó ilegalidad de los matrimonios.

3. Cuando ya el principio religioso santificó el enlace y declaró su perpetuidad, fué necesario revestirle de ciertas solemnidades que, no llenándolas, se incurria en pena y se daba lugar á declarar su irregularidad y nulidad. Qué parte tomó en esto la Iglesia, lo descubren los sagrados cánones y especialmente las decretales de Gregorio IX. Líbrenos Dios de inmiscuirnos en lo que dispusieron los concilios Lateranense IV y el Santo de Trento. A pesar de ser tan distintas las épocas, fácilmente se deduce que en aquellos remotos tiempos las costumbres dejaban mucho que desear.

4. Los legisladores civiles no eran más afortunados. Ya hemos tenido ocasion de citar las diversas leyes del Fuero Juzgo que castigaban la infidelidad, tanto del esposo como de la esposa. Al tratar de la *clandestinidad* podriamos comentar la ley 8.ª, título 2.°, libro III, del mismo Fuero Juzgo, que imponia esa pena de desheredacion á la infeliz mujer que se casara sin licencia de sus padres y cuya penalidad se renovó en la ley 5.ª, título 1.°, libro III, del Fuero Real, reproduciéndose igual precepto en la única del título 6.°, libro V del Ordenamiento. Aunque ménos directamente, se encuentran otras diversas disposiciones en el libro III del mismo Fuero Real, cuyo estudio nos alejaría cada vez más del fin que nos hemos propuesto. La dificultad, al escribir un libro de esta especie, no sólo consiste en decir cosas útiles, sino en saber cortar la discusion cuando se haya expuesto lo pertinente.

5. Dejemos los primitivos códigos, y acudamos á otro texto más sabio y que pinta de mano maestra los vicios de aquella sociedad, porque con elocuencia se describen las causas y modos de hacerse los matrimonios clandestinos. Nos referimos á la ley 1.ª, título 3.°, Partida 4.ª, que dice lo siguiente: «Ascondidos son llamados los casamientos en tres modos. La primera es cuando los facen encubiertamente, é sin testigos, de guisa que se non puedan probar. La segunda es cuando los facen ante algunos más no demanda la novia á su padre ó á su madre, ó á los otros parientes que la han en guarda, nin le dan sus arras ante ellos nin les facen las otras honras que manda Santa Egle-

sia. La tercera es cuando non lo facen saber concejeramente en aquella Eglesia onde son perrochanos. Ca para no ser el casamiento fecho encubiertamente ha menester que antes que los desposen diga el clérigo en la Eglesia ante todos los que yestobiesen, que tal ome quier casar con tal muger, nombrandoles por sus nomes, é que amonesta á todos cuantos yestan, que si saben si hay algun embargo entre ellos porque no deban casar en uno, que lo diga fasta algun dia, é que le nombre señaladamente.»

6. El concilio Tridentino no introdujo grandes novedades en la materia, y podria defenderse que el texto de la ley de Partida sirvió de norma á todo lo que se dijo y estableció para declarar írritos y nulos los matrimonios clandestinos. Sin embargo, la dureza de la ley civil y las medidas coercitivas adoptadas en los cánones, no debieron mejorar mucho las costumbres, cuando los Reyes Católicos se vieron obligados á escribir esa ley durísima en que se imponen penas muy severas, tales como la confiscacion y la expatriacion, amenazando hasta con la muerte y facultando á los padres para desheredar á los hijos desobedientes.

7. Nos separamos enteramente de esas opiniones extremas, y nos parece que los códigos modernos, al hablar de este delito ó grave falta, se arreglan mejor á los verdaderos principios de la filosofía. No se concibe que en los tiempos de D. Alfonso el Sabio y de los Reyes Católicos, en que habia tanta indulgencia con la liviandad, se impusieran penas tan graves contra los que no hubiesen llenado todos los requisitos para contraer matrimonio. Digna es de respeto la autoridad paterna, que debe tener una influencia directa en el nuevo estado de los hijos, cuando estos no llegan á cierta edad, y especialmente de las desgraciadas mujeres, que son en último término las víctimas de la seduccion y del engaño. Bueno es tambien que los padres de la Iglesia adoptaran medidas para que no se usurparan las facultades del párroco, que es el que debe bendecir el matrimonio á presencia de dos testigos. Pero todo esto se puede conseguir y se consigue sin grandes anatemas, sin imposicion de castigos que repugnan la razon y el buen sentido. Tenemos la seguridad que en pocos y rarísimos casos se impusieron esas penas, que deben reservarse para los grandes delitos, y jamas estará en esta categoría el extravío de dos jóvenes que para su union eterna buscaron un cura que no era el párroco y dos testigos para que presenciaran su enlece. A estos que no obran por un sentimien-

to tan delicado como el amor y que verdaderamente cometen el delito de falsedad, debió castigar más severamente la ley.

8. Por más que el legislador se afane mucho para impedir las seducciones, no conseguirá su objeto, aumentando la severidad de las penas. En esta materia, como en otras muchas, la ley debe ser cauta y previsora, dejando al cuidado del interes individual la conservacion de sus derechos. Si un padre no ha educado bien á sus hijas y las abandona en la edad más peligrosa, culparse á sí mismo debe si mañana un seductor, que no corresponde á su posicion y categoría, ha podido conseguir que la señorita de alta clase y gran fortuna fije en él sus miradas. Profundo es el dicho de que en casos tales se lleva en el pecado la penitencia, y la hija caprichosa, que no atiende á su decoro ni al sentimiento profundo que va á causar á la familia, ni pára mientes en el oscuro porvenir que le ofrece un amante desconocido y sin cualidades recomendables, culparse á sí misma debe si no se arrojó á los brazos de su amantísima madre ó de su padre para consultarles su determinacion, ántes de huir con el calavera para casarse ante un eclesiástico que no fuera de su parroquia y ante testigos quizá desconocidos.

9. Y no se reconvenga que, adoptando estos principios, se deja en un completo desamparo á la tierna juventud, que debe merecer siempre gran proteccion de las leyes. Esa juventud tiene el mayor de los apoyos, que es la proteccion paterna, ó materna, ó tutelar. Si estos guardas no saben ó no quieren vigilar, ó quizá son completamente inútiles cuantas precauciones se tomen, ¿han desaparecido por ventura todos estos inconvenientes poniendo en práctica con absoluta rigidez los preceptos de la ley 49.ª de Toro?

10. El jurista filósofo no puede ni debe fijarse en un caso especial, sino en si una ley determinada evita los daños que se preveen. El objeto es ni más ni ménos impedir los matrimonios desiguales, porque en realidad esa ley es una disposicion aristocrática. Cuando los amantes pertenecen á una misma clase, no hay temor alguno de que se acuda á un eclesiástico que usurpe las atribuciones del párroco, ni tampoco que se encuentren personas que afirmen la falsedad para que se casen dos labriegos. Estos delitos ó faltas se cometen sólo por gentes de posicion y fortuna, y siempre se encontrará que los principales causantes de esas desgracias serán los que debieron ser los guardadores de la honra de la familia, y que siendo rígido y severo el legislador con todos los que han tomado parte en la infraccion

de la ley, debia castigar tambien á esos padres ó tutores por su poca vigilancia y total descuido.

11. No lo hace así esa ley que nos preocupa. Al contrarío, concede una atribucion á ese padre que permite el extravío de su hija ó de su hijo. La ley le faculta entónces para que pueda desheredarle, y si no le quisiera, consigue un segundo triunfo con la perpétua expatriacion.

12. No nos explicamos la razon de esa ley cuando la mayor parte de las de Toro descansan en fundamentos racionales y tienen por objeto desvanecer las dudas que se ofrecian á los tribunales en muchos pleitos que habian dado lugar á no pocas corruptelas.

13. Sería probar una erudicion indigesta ocuparse de lo que se ocuparon los antiguos comentaristas de esta ley de Toro, estando perfectamente derogada, como demostraremos despues. Bueno es, sin embargo, decir algo que tenga relacion con lo antiguo. Inocencio III, ó mejor dicho, el concilio Lateranense IV, en su cánon 51, prohibia de una manera terminante y castigaba los matrimonios clandestinos, añadiendo que esto se realizaba ya y se mandaba en anteriores disposiciones canónicas. Nos permitimos dar un salto hasta el concilio de Trento, que en su capítulo primero, sesion IV de reforma del matrimonio, se ocupa de este particular interesante no haciendo en rigor otra cosa que tocar muy por encima toda la materia que con tanta elocuencia describió la ley de Partida que hemos citado.

14. Por razones tan concluyentes, no nos parece oportuno ocuparnos, ni de las proclamas, ni de la manera de asistir los testigos, ni si el párroco puede ó no puede delegar sus facultades en otro clérigo, lo cual constantemente se viene ejecutando con especialidad en las grandes poblaciones, porque es imposible que una sola persona cumpla al mismo tiempo muchos y diversos deberes.

15. Tampoco debemos engolfarnos en el exámen de cómo se castigaba el *conato*, que hoy en lenguaje moderno y más propio se llama *tentativa*. Cuando nos ocupemos del Código penal, que trata de esta materia, hablaremos de la penalidad de los que contraen matrimonios ilegales. Si alguno quisiese adquirir más noticias sobre este punto, puede consultar á Gutierrez en el libro II de sus prácticas, cuestion 4.ª y más particularmente al gran Molina en su obra *Just et jure*, tratado 2.º, disposicion 176, número 17, y á Covarrubias en este punto de *matrimonio*, parte 2.ª, capítulo 6.º, número 25.

16. Pero la prueba evidente de la ineficacia de esos castigos crueles, se encuentra en que más ó ménos directamente ha habido que reproducir distintas disposiciones legales áun en tiempos en que se iban suavizando las costumbres. Como muestra, citaremos la célebre pragmática de 23 de Marzo de 1776, en la cual se aumentaban en realidad las penas impuestas por la ley de Toro. El jóven que se casaba sin recibir el consentimiento paterno, quedaba privado de todos los derechos civiles. No se creyó bastante, y Cárlos IV expidió otra pragmática en 28 de Abril de 1803, que es la ley 18.ª, título 2.°, libro X de la Novísima Recopilacion, la cual tambien imponia los mismos severos castigos; pero limitaba la facultad paterna, permitiendo que los varones mayores de veinticinco años y las hembras mayores de veintitres pudieran casarse sin contar para nada con el consentimiento de sus padres. Desde la publicacion de dicha ley, es innegable que desaparecieran esas penas de desheredacion, aunque quedaran vigentes la de expatriacion y confiscacion, que eran las más atroces y que en realidad no se llevaron á cabo, porque en más de treinta y cinco años de ejercicio en la abogacía, no conocemos un solo caso.

17. Verdad es, que desde la publicacion del Código penal, quedaron de hecho y de derecho derogadas todas las leyes, pragmáticas y decretos referentes á los matrimonios ilegales. El primitivo código, en sus artículos desde el 395 hasta el 404, tratan con proligidad de las irregularidades, faltas y delitos que se pueden cometer en la celebracion de los matrimonios. El gran Pacheco, que comentó ese código penal, da explicaciones detenidas en el tomo III, desde el folio 216 al 239, y cuyo comentario recomendamos á los estudiosos.

18. Para concluir esta materia diremos, que el código reformado habla de estos matrimonios ilegales en los artículos 486 al 494, y sobre los cuales hicimos en nuestro apéndice á los comentarios de dicho Pacheco algunas observaciones en nuestro concepto oportunas.

19. Cuando una materia es árdua y difícil, todos quieren hacer sus ensayos. Mucho ántes de publicar la ley del matrimonio civil, que hemos copiado anteriormente, presentó el diputado Sr. Moyano un proyecto de ley, que se aprobó, estableciendo reglas bien rígidas por cierto y favoreciendo mucho la autoridad paterna. Todo eso ha desaparecido con la promulgacion de la tantas veces citada ley del matrimonio civil, sobre la cual no nos es lícito decir ni una palabra.

LEY QUINCUAGÉSIMA.

———

(L. 2.ª, tít. 2.º, lib. V de la Rec. y L. 1.ª, tít. 3.º, lib. X de la Nov.)

No se puede renunciar la ley del Fuero, prohibitiva de dar en arras más de la décima parte de los bienes.

La ley del Fuero, que dispone que no pueda el marido dar más en arras á su mujer de la décima parte de sus bienes, no se pueda renunciar, é si se renunciare, no embargante la tal renunciacion, lo contenido en la dicha ley se guarde y ejecute. E si algun escribano diese fee de algun contracto en que intervenga renunciacion de la dicha ley, mandamos que incurran en perdimiento del oficio de escribanía que tuviere é de allí en adelante no pueda más usar dél, so pena de falsario.

COMENTARIO.

1. Con satisfaccion nos permitimos decir, que esta ley es una de las más sábias que pueden promulgarse. En todos los países y en todos los tiempos se ha condenado la *prodigalidad*. El que sin tino ni concierto gasta y destruye su fortuna, es reputado por todas las legislaciones como hermano menor del demente y claro está que el loco se halla completamente incapacitado para ejercer ninguna clase de derechos.

2. El amor no es la demencia; pero sí perturba muchas veces la cabeza más bien organizada, y para el hombre generoso y espléndido, todo es poco si lo destina á la persona querida; con mayor fundamento cuando la pasion y hasta la religion hacen de dos almas una, santificando el matrimonio y declarando su perpetuidad y unidad. El amor del cristiano es supe-

rior á todos los amores, porque impone deberes y glorifica de tal manera á la mujer, que ningun creyente de otra religion sin abandonarla puede comprender esa sublime pasion.

3. No la contraría la ley civil, cuando quiere prevenir los malos resultados del extravío ciego. Esa venda, si no desaparece totalmente en algunos matrimonios, deja de ser tupida y permite examinar luégo las cosas materiales como son en sí. Era necesario que el legislador consagrara el despropósito de que en todo y por todo el marido y la mujer no eran más que una cosa, lo cual no pudo consagrarse ni áun en los tiempos que se enalteció la tiranía del esposo romano. Aun en los primitivos tiempos las mujeres llevaban dote y los padres y parientes no hubieran dedicado su fortuna en favor de sus hijas, si el marido se hubiera debido hacer dueño de ella. Pero en esta ley no se trata de la dote, sino de las larguezas con que obsequiaba el futuro esposo á la que iba á ser su compañera eterna. Arras, en el lenguaje jurídico, quiere decir prenda, señal del futuro enlace. Justiniano habla de las arras en la ley 3.ª, C. D. *espons et arr.*

4. Con gran gusto y placer escribiríamos algunos párrafos sobre las arras de las matronas romanas en los tiempos en que la mayor parte de los pueblos conocidos rendian tributo á la gran ciudad. El lujo está en proporcion siempre á la riqueza, é influye no poco en la decadencia de las naciones. La decrepitud de la gran república se descubria en muchas cosas; pero el filósofo tenía bastante para descubrir ese síntoma de muerte en los atavíos de la mujer romana. A la dictadura perpétua siguió el imperio, y aquel fiero patriciado no pensó más que en grandes palacios y en saciar los apetitos de un sibaritismo corruptor. Conocemos que es preciso llamarnos al órden si no ha de ser un cien piés este libro; pero son tan seductoras las materias de que se ocupan las leyes de Toro, que no hay más remedio que incurrir en digresiones.

5. Volvamos á la cuestion y digamos algo de nuestra querida patria. En los primitivos tiempos esas donaciones ni se ajustaban á ningun precepto legal, ni habia para qué poner cortapisas. Durante la dominacion romana, la Iberia, en esto como en todo, admitió las leyes y costumbres del pueblo dominante, y por eso se ocupa poco de este asunto el código Visigodo. Basta saber que esos regalos hechos por el novio á la novia eran en cierto modo como compensacion de la dote, nobleza y castidad de la futura esposa.

6. Las leyes de Partida tratan magistralmente de este punto. El erudito puede analizar las leyes del título 11.°, Partida 4.ª, y si quiere más ilustracion, encontrará explicaciones satisfactorias en los comentarios de Gregorio Lopez y en las magistrales obras de Antonio Gomez, comentando esta ley, y en el gran Molina en su tratado de *Justitia et jure disput.* 431, número primero.

7. La duda más importante que ocurre á esos autores y á otros varios es, si las arras se pueden dar, realizado y consumado el matrimonio. En nuestro concepto es completamente inútil promover esta cuestion. Cuando eso se realiza, cuando el esposo, lleno de pasion, todo le parece poco para la compañera que ha elegido, indudablemente infringe la ley, porque esos agasajos durante el matrimonio no tienen tasa ni medida, y en realidad se gasta quizá lo que es de la sociedad comun. Cuando así no se verifica y el marido realmente emplea parte de su antiguo capital en obsequiar á su consorte, esas donaciones se pueden atacar como nulas é inoficiosas el dia de la disolucion del matrimonio, con especialidad si infringen el precepto de la ley de Toro de exceder esas larguezas de la décima parte de los bienes del marido.

8. En lo antiguo fué objeto de gran debate si esa donacion hecha despues de celebrado el matrimonio y áun ántes quedaba legalmente constituida, *jurando* el esposo que no excedia de la décima parte de sus bienes y como así se especifica por desgracia en más de una escritura redactada por notarios de rutina.

9. Hé aquí planteada tambien una gran polémica, no sobre un solo juramento, sino sobre esa invocacion en general que en las legislaciones europeas se fué introduciendo y con cuya novedad se quiso sancionar la mayor parte de los actos de la vida, cubriéndolos con el velo del precepto religioso.

10. No es necesario acudir á la filosofía moderna para censurar con acritud ese espíritu invasor de la escuela ultramontana. La doctrina del Crucificado se ha opuesto siempre á que la idea religiosa se mezcle para nada en el derecho civil y político. Suponer que la invocacion de Dios consagra todos los actos de la humanidad, y que esta fórmula es superior á todas las leyes escritas, lo calificamos de aberracion, porque se levanta un altar á la hipocresía y al vicio. Pudiéramos citar muchas disposiciones de los antiguos códigos y áun de fueros particulares en que se anatematizan esas teorías; pero como muestra recurriremos al gran Rey y citaremos la ley 28.ª, tít. 11.°, Par-

tida 5.ª, que en el sublime y lacónico párrafo que vamos á copiar, dice más que todos los comentarios que pudieran hacerse: «Otrosi decimos, que todo pleito que es fecho contra nuestra ley..... *que no debe ser guardado, maguer pena ó juramento fuese puesto en él.*»

11. Y esto no destruye el derecho legítimo que tiene todo ciudadano á renunciar á lo que le favorece, siempre que esa renuncia no afecte á las *leyes prohibitivas*, que son las que verdaderamente no se pueden renunciar. No hay derecho más santo y más grande que el de la propiedad, y sin embargo la ley prohibe en muchos casos que las personas dispongan de lo que es suyo, como lo demuestra la presente ley, que pone coto y medida á las liberalidades que pueda hacer el varon á la hembra.

12. Y aunque la ley no lo diga, la práctica lo tiene consagrado. Nos referimos á lo que la mujer puede hacer en obsequio del marido, porque hay más de un ejemplar en que la hembra cometa extravíos semejantes. Las leyes no han puesto ninguna cortapisa relativa á la diferencia de edad, porque despues de todo vale más que estén casados el jóven y la anciana ó el viejo y la niña que no que escandalicen al mundo. Hemos tenido más de una consulta de señora que pasaba de los cuarenta, y todo le parecia poco para beneficiar y asegurar la suerte del gallardo jóven con quien iba á contraer matrimonio, á pesar de que podia ser su madre. Y si bien estos ejemplares no son comunes, y en esto hacemos justicia al bello sexo, no sucede lo propio con esos hombres embadurnados que se rebelan contra la edad pasada, y despues de una vida de azares y disolucion, llevan al tálamo una jóven que, por sus atractivos ó su malicia, adquiere una alta posicion. ¿Cómo el legislador ha de permitir las inmoderadas donaciones aunque se hagan cien juramentos en las escrituras? Los tribunales en esta materia se conforman y atienen al precepto de la ley de Partida y al texto expreso de la de Toro, que estamos comentando.

13. Y los muy aficionados al juramento y á las cosas de la curia romana, todavía se parapetan en la pragmática de 25 de Octubre de 1482, expedida en Talavera por los Reyes Católicos. Esa disposicion corrobora en todas sus partes nuestra doctrina. Los mismos Reyes Católicos en 1480 promulgaron primero en Toledo y expidieron despues en 15 de Diciembre de 1502 una pragmática, prohibiendo que los legos en sus contratos se sometieran á la jurisdiccion eclesiástica y que no hicieran obliga-

ciones con juramento sobre cosas profanas, imponiendo al escribano la pérdida del oficio y la mitad de sus bienes. Aclarando esta ley se expidió la otra pragmática de que hemos hablado, en que con razon se dijo lo siguiente: «Y asimismo nuestra voluntad no fué de quitar el juramento en los contratos *que para su validacion se requeria;* y asimismo que no interviniese en los compromisos ni contratos de dotes y arras, y vendidas y enajenamientos ni donaciones perpétuas.» Estas dos pragmáticas son las leyes 6.ª y 7.ª, tít. 1.º, lib. X de la Novísima Recopilacion; y si bien de todo su contexto se desprende que ese juramento no produce ya los rígidos efectos que en tiempo de los Reyes Católicos, no es lógico deducir que se debe estar y pasar por lo que jurase el donante sobre el valor de sus bienes al conceder las arras á su futura esposa, diciendo que cabe en la décima parte de sus bienes. La ley de Toro prohibe que se pueda renunciar lo que disponia la ley 1.ª, tít. 2.º, lib. III del Fuero Real, y esta prohibicion es más que suficiente para que, bajo ningun concepto, se pueda eludir la ley con el simple acto del juramento.

14. No molestaremos al lector diciéndole que en ningun tiempo han podido confundirse las arras con las donaciones *propter nuptias.* Generalmente estas son las que dan los padres y áun otros parientes con ocasion de las bodas, y no encontramos tampoco reparo alguno en que el futuro consorte pueda calificarla de esta manera, aunque en rigor entónces lo que hace es dotar á la que va á ser su mujer y esta dote tiene todos los caractéres de las de su clase; pero sujetándose siempre á esa prohibicion filosófica de que no pase la liberalidad de la décima parte de los bienes. La variacion de nombre no destruye la esencia de la cosa, y las leyes no se pueden infringir echando mano de recursos tortuosos aunque demuestren ingenio.

15. Tampoco es del caso nos ocupemos de la pena que la ley imponia al escribano declarándole nada ménos que falsario. Todo esto ha desaparecido desde la promulgacion del código penal de 1848. Las faltas y delitos cometidos por los notarios y otros funcionarios públicos, están castigados en dicho código segun los principios de la ciencia; pero hoy no habria tribunal que impusiese la pena de falsario á un escribano, porque admitiera el juramento en una escritura de arras asegurando el donante que su concesion no comprendia la décima parte de sus bienes. Semejantes declaraciones servirian de nada y se admitiria sin dificultad alguna prueba en contrario.

LEY QUINCUAGÉSIMAPRIMERA.

(L. 3.ª, TÍT. 2.º, LIB. V DE LA REC., Y L. 2.ª, TÍT. 3.º, LIB X. DE LA NOV.)

Los herederos de la mujer hayan las arras y no el marido en defecto de los hijos.

Si la mujer no oviese fijo del matrimonio en que interviniese promision de arras, é no dispone expresamente de las dichas arras, que las haya el heredero, ó herederos della, é no el marido, ora la mujer faga testamento, ó no.

COMENTARIO.

1. No por ser concisa y bien clara esta ley ha dejado de ser interpretada y explicada de distintas maneras por autores distinguidos como Suarez de Velasco, Molina, Acevedo, Tello Fernandez, Palacios Rubios, y otros, queriendo explicar sus preceptos y acudiendo para ello al código de Justiniano y sus novelas en que se trata y prevee el caso de pasar la mujer á segundas nupcias, habiendo recibido arras del primer marido. De aquí las dudas de cuáles son los derechos de la que dejó de ser viuda y cómo y hasta dónde pueden extenderse esos mismos derechos de dicha señora sobre los bienes que hizo suyos cuando celebró su primer enlace. Dejemos á los comentaristas del derecho romano la explicacion de la ley 3.ª C. *de secundis nuptiis* y de la novela 2 C. 1.º, así como de todas las demas disposiciones que con su condicion acostumbrada y prolija cita en su obra Sancho de Llamas, y volvamos la vista al texto de la ley que se comenta, buscando si se quiere el orígen de su promulgacion.

2. El Fuero Real y las Partidas hablaron no poco de las arras y de los derechos que en ella tenía la mujer. Con especiali-

dad la ley 26.ª, tít. 13.°, Partida 5.ª establecia el principio justísimo de que para los hijos del primer matrimonio se reservaran las arras que á dicha mujer hubiese dado su primer marido. Esta reserva ya se conocia en el derecho romano, y laudable es en sumo grado que los bienes de una procedencia no vayan á parar á personas que no tenian conexion alguna con el antiguo dueño de la cosa donada.

3. Hasta dónde y por qué causas deben existir las reservas, es uno de los puntos más difíciles del derecho español, porque son pocas y escasas las leyes que hablan de esta grave materia y los tratadistas dan extenso vuelo á su imaginacion creando casos y resolviéndolos á su antojo. No hemos de imitarles, y nuestra crítica se reducirá al caso ó casos que estén dentro de la letra y espíritu de esta ley.

4. En ella se da por sentado que vive el marido donante, al que se le priva de todo derecho sobre las arras que dió á su mujer. Dedúcese del contexto de la ley que, al fallecer la mujer agraciada con las arras, dejando hijos, éstos son los que las heredan, lo cual no es más que aplicar el derecho comun de Castilla, que considera á los hijos como herederos forzosos. Pero de aquí se desprenden las dos siguientes preguntas. Primera: ¿puede la testadora disponer de la tercera parte de las arras en favor de uno de los hijos como si fuera capital exclusivamente propio suyo? Segunda: ¿puede ademas dejar el quinto de esas mismas arras á un extraño, lo cual es todavía más repugnante? Ni esta ley ni ninguna otra resuelven estas verdaderas dudas, que en más de un caso suelen ser el tormento del jurisconsulto.

5. El autor de este libro citará la consulta que se le hizo no há muchos años. Una persona poderosa dió á su mujer al casarse un cuantioso capital en arras, que cabia en la décima parte de sus bienes. Muere la esposa dejando un hijo, y lega el quinto de sus bienes á una persona á quien aborrecia el marido, y éste se niega á entregar ese quinto del importe de las arras, que decia corresponder en todo á su hijo, porque el dominio de las arras no es absoluto, teniendo como tiene la limitacion de la reserva, segun la antigua ley de Partida, que ya hemos citado, por más que trate del caso de la muerte del primer marido y de haber contraido segundo enlace la mujer teniendo hijos de los dos matrimonios.

6. El caso citado se resolvió por medio de transaccion por tratarse de un asunto reservadísimo que podria dar lugar á escándalos, atendida la calidad de las personas que tenian inte-

res. Pero en riguroso derecho sostuvo el que escribe estas líneas que, habiendo hijos del donante, todos, absolutamente todos los bienes de las arras eran reservables sin limitacion alguna, siguiendo la opinion respetable de Molina y Rodrigo Suarez.

7. Y no se olvidó en aquel dictámen que entónces en realidad la donataria no tenía más que el usufructo de las arras. Cabalmente dicha limitacion es la consecuencia de la *reserva*. No se concibe ésta sino se restringe el dominio. Si en vida no puede disponer de esas arras la mujer, porque tiene que guardar esos bienes para que los hereden los hijos, ¿cómo se ha de permitir que por testamento se los pueda dejar á un extraño, al que el donante detestaba por razones atendibles que bien puede presumir el curioso lector?

8. Y no se destruyen estas atendibles observaciones con lo que se dispone en esta ley de Toro. Puede acontecer y acontece con frecuencia que un suegro ó suegra, heredando á su hija, reciban las arras y que esto ocurra muy á disgusto del yerno, que dió esas mismas arras á su esposa querida; pero no presumiendo que los padres de esta las pudieran heredar.

9. La ley está terminante y no excluye á ningun pariente. Muerta la mujer sin dejar hijos, su heredero y no el marido heredan las arras, teste ó no teste la mujer. Cuando hay hijos, muy fundado es que estos reciban las arras sin disminucion alguna, no presenciando el no buen ejemplo de que una persona extraña venga á sacar de la casa del marido donante lo que él concedió á su esposa, no sólo por su virginidad y nobleza, sino porque habia de ser y fué la madre de sus hijos. Cuando no acontece esto, el legislador quiere que el heredero se lleve las arras, y no hay más que obedecer la ley, por más que á nosotros nos parezca esto algo violento. Sería más racional que las arras volvieran al marido, ó por lo ménos en el caso que fuera un extraño el favorecido por la testadora. En la vida práctica del foro se aprenden tantas cosas y ocurren casos tan singulares, que las mejores leyes suelen consagrar las mayores iniquidades.

10. Los asesores de los Reyes Católicos, al redactar como lo hicieron la presente ley, quisieron concluir con las controversias á que se prestaban las novelas 98 y 127 en que se permitia que la mujer pudiera disponer de una parte de la propiedad de las arras, igual á la que correspondia á cada uno de los hijos; y teniendo tambien en cuenta que la ley del Fuero Real extendia esta facultad, concediendo derecho á la viuda para vender y enajenar hasta la cuarta parte de las arras. Todo esto está mo-

dificado y limitado por el contesto de la citada ley de Toro, y únicamente puede dudarse sobre algun caso algo comun, como es el que se va á proponer: «La obligacion de reservar las arras para los hijos del primer matrimonio ¿es tan absoluta que áun en caso de necesidad apremiante no pueda disponer la dueña de esas arras para atender á su sustento y al de esos mismos hijos que mañana han de heredar ese capital? Cuando esas arras consisten en efectos inmuebles como alhajas, no hay mujer alguna que consulte este punto con el jurisconsulto. Vende y empeña entónces todos sus aderezos, y por desgracia lo ejecuta así muchas veces por capricho. Mas cuando las arras consisten en fincas que se adjudicaron á la esposa por voluntad del marido, ya se ofrecen dificultades y por lo ménos el que compre ó dé dinero á préstamo sobre fincas de tal procedencia, debe exigir como garantía que ante juez competente se formen las oportunas diligencias de necesidad de empeñar ó vender las cosas reservables.

11. La verdad es que la mujer tiene más derechos que el usufructuario; pero tampoco se la puede considerar como absoluta dueña, supuesto que tiene la obligacion de reservar esos bienes donados por el marido. En el instante en que por cualquier causa se la permita enajenar ó comprometer aquella riqueza desaparece tal obligacion. Por el contrario, si se la prohibe gravar las arras, ni áun en el caso de extrema pobreza, su condicion será peor si cabe que la del usufructuario.

12. No para evitar este conflicto, sino con el fin de acallar los escrúpulos de un testador, que queria y no queria dejar á su esposa en absoluto el dominio de sus bienes, pero que estos en último término no pasaran á los herederos de dicha señora, le dimos el prudente consejo, de que en el nombramiento de herederos la facultara á vender á su antojo hasta la cuarta parte de la herencia; pero que para disponer del resto tuviera que practicar la oportuna informacion con audiencia de los que en su caso habian de ser herederos propietarios. Si en la aplicacion de las leyes no preside un criterio prudente, es muy de temer que en más de un caso se cometan desaciertos.

LEY QUINCUAGÉSIMASEGUNDA.

(L. 3.ª, TÍT. 2.º, LIB. V DE LA REC., Y L. 3.ª, TÍT. 3.º, LIB. X DE LA NOV.)

Modo de adquirir las arras disuelto el matrimonio en vida ó por muerte de alguno de los desposados.

Cualquier esposa, ora sea de presente, ora sea de futuro, suelto el matrimonio, gane si el esposo la oviese besado, la meytad de todo lo que el esposo la oviese dado, antes de consumado el matrimonio, ora sea precioso ó no, y si no la oviere besado, no gane nada de lo que la oviere dado, y tornese á los herederos del esposo; pero si cualquiera de ellos muriese despues de consumado el matrimonio, que la mujer é sus herederos ganen todo lo que seyendo desposados, le ovo el esposo dado, no habiendo arras en el tal casamiento é matrimonio; pero si arras oviere que sea en escogimiento de la mujer, ó de sus herederos, ella muerta, tomar las arras ó dejarlas é tomar todo lo que el marido le ovo dado siendo con ella desposado. Lo cual haya de escoger dentro de veinte dias despues de requeridas por los herederos del marido, y si no escogieren dentro del dicho término, que los dichos herederos escojan.

COMENTARIO.

1. Tenemos la más completa seguridad de que á varios comentaristas les habrá sucedido lo que en este instante acontece á este pobre glosador, que es arrojar las muchas y diversas obras de que está rodeado y en las que ve muchas y contrarias opiniones sobre el contexto de una ley, en nuestro concepto bien clara y bien explícita. Así se comprende cómo más de un legis-

lador intentó la absoluta prohibicion de comentar ni explicar su ley. ¡Vano esfuerzo! Lo que no se hiciere por escrito impreso lo ejecutará el abogado sutil é ingenioso, defendiendo en papel sellado y en el foro de palabra lo que más convenga á su cliente.

2. Reconocemos, á pesar de todo, que la materia de que se ocupa esta ley es de suma importancia y trascendencia, porque al fin se fijan reglas para un acto de la vida que afecta á la mayoría de las familias que tienen una mediana situacion social.

3. Si en la ley anterior se fijaron reglas para adjudicar y distribuir en diversos casos la donacion llamada *arras*, la cual no se podia llevar á efecto sino por medio de escritura pública, y en realidad antes de consumarse el matrimonio, porque axiomático es que toda donacion que medie entre marido y mujer, despues de verificado el enlace, es nula y de ningun valor, en la presente fijan reglas los Reyes Católicos sobre otras larguezas y donaciones que tienen gran analogía y hasta semejanza en muchas cosas con las arras. Aunque la ley 52.ª no les da nombre propio, los tratadistas, y especialmente el derecho romano, llama á dicha donacion *sponsalitia largitas.*

4. Fijado el nombre de la cosa, fácil es definirla despues. La donacion esponsalicia es aquella que hace el esposo á la esposa (tambien viceversa, aunque no lo digan los autores) cuando se va á celebrar el matrimonio y como prueba del cariño que se profesa al que va á tener por compañero ó compañera. Lo comun es que el novio agasaje á la novia y le dé preseas y procure engalanarla, aunque, como veremos despues, hay leyes posteriores que han puesto á esto limitacion. Pero el pueblo, que en muchísimas cosas tiene más talento práctico que todos los jurisconsultos filósofos, ha dado á estas donaciones esponsalicias un nombre más claro y que se comprende hasta por las personas más imperitas. Llama á esos obsequios *regalos de boda*, lo cual comprende perfectamente hasta las ropas dadas á la sirviente más humilde. Entre esos regalos descuellan naturalmente, en primer término, los del futuro esposo, que comunmente los hace teniendo en cuenta los recursos y bienes que lleva la que va á ser en adelante su compañera.

5. ¿Cuándo se empezaron á conocer estas donaciones esponsalicias? Ya hemos dicho que no nos es permitido remontarnos á investigaciones de esta especie. Suponer que Constantino fué el que creó esa donacion en el año 336 de la era cristiana y que

la publicó con el objeto de que se observara en España, no haciéndose extensivo su precepto hasta que Teodosio la incluyó en su código, lib. III, tít. 5.°, ley 5.ª, de donde la trasladó Justiniano á las leyes 4.ª y 6.ª *C* de *donationibus antenuptias*, es dar por sentado que ni en España ni en los vastos y ricos países sujetos primero á la República y despues al Imperio Romano, no hubo ni novios galantes ni suegras sutiles é ingeniosas para obtener buenos *regalos de boda*. El lujo es un vicio de todos los tiempos y de todas las sociedades; y si en las apartadas regiones del canivalismo se adorna á la futura esposa con las plumas de las aves que mata el diestro cazador ó los dientes del enemigo que mata, las damas romanas, así como las griegas, y las que en palanquines recorrian las calles de las populosas ciudades del Asia, se ataviaban con las ricas perlas arrancadas en las profundidades del Océano y con los preciosos metales y los brillantes que esconden las sinuosidades terrestres. Sería el Pretor y los Procónsules los que resolvieran las dudas que ocurriesen, porque sólo estuviera en las costumbres y no en el derecho escrito todo lo que fuera referente *á la donacion esponsalicia*, y de la cual ciertamente hablan mucho antiquísimos autores del derecho romano, muy anteriores á Constantino, Teodosio y Justiniano. Aquí debemos dar un corte á esa historia, porque más interesante es para el jurista español saber lo que en su patria pasó desde que se empezó á modificar la legislacion romana.

6. Los pueblos del Norte eran fieros y tambien consideraban á la mujer como esclava; pero con sólo recordar que éstas les acompañaban á las guerras y participaban de sus peligros, está dicho todo. Esas costumbres nómadas dulcifican necesariamente el carácter, y la mujer del alano y del visogodo recibia tambien, sin duda, regalos de boda.

7. Semejantes hábitos vinieron á recibir su sancion en las leyes, porque no hay ningun autor que desconozca que en el Fuero Juzgo se habló de las donaciones esponsalicias, y que la ley 5.ª, tít. 1.°, lib. V del expresado Código se promulgó sin duda por el Rey Recesvinto. Y perdónenos el Sr. Lardizabal y la Academia de la Historia si asentamos esta afirmacion categórica, por más que convengamos en que en las ediciones latinas del Fuero Juzgo no se encontrará la insercion de esa ley. ¿Por qué motivos se supone que despues se incluyó en las ediciones en castellano algun siglo despues? No habia razon alguna para hacerlo así, y lo probable es que esas traducciones se hicieran de algun códice que ha desaparecido, porque si esa donacion

estaba en las costumbres y si de los códigos romanos se trasladó, como presume Sancho de Llamas, al Breviario de Aniano, no hay para qué suponer suplantaciones que por ninguna causa se explican.

8. Desde entónces raro ha sido el código promulgado en España que no hable algo de *donaciones esponsalicias*. Esa multitud de fueros que enloquecen á los estudiosos, porque son un rico venero para conocer lo que fué la sociedad española desde el siglo VII al XV inclusive, nos daría materiales para entretener algun tanto al curioso lector, que averiguaria cómo se casaba la mujer navarra, y la aragonesa, y la de Sepúlveda, y la de Sigüenza y las de otros mil pueblos célebres en la Historia. ¡Mal haya la política y tambien los pedimentos, que si la primera puede dar nombradía y los segundos pingüe retribucion, no satisfacen tanto al filósofo como hablar con las generaciones futuras de lo que fué esta triste España en la célebre Edad Media! Dejemos á los hombres del porvenir que hagan estas averiguaciones, y limitémonos á reseñar lo que los códigos generales disponian sobre esas donaciones.

9. Se destaca en primer lugar la ley 3.ª, título 11.º de la Partida 4.ª. Como á este Código se trasladó generalmente la legiscion romana, en la expresada ley no se hace más que trasmitir lo que se lee en los códigos de Teodosio y Justiniano. No sucede lo mismo con lo que se registra en el Fuero Viejo de Castilla, publicado por el Rey D. Pedro en 1356, y nos vamos á permitir copiar la ley 4.ª, del título 1.º, del libro V, que habla de las arras y donadios que da el marido á la mujer. Está reducida á referir un suceso muy propio de aquellos tiempos. Dice así la ley: «Esta es fazaña de Castiella: Que Doña Elvira, sobrina del Arcidiano D. Malheo de Búrgos, é fija de Ferran Rodrigues de Villarmontero, era desposada con un cavallero, e diole el cavallero en desposorio paños e cinteras, e una mula ensillada de dueña, e partióse el casamiento, e non casaron en uno; e el cavallero demandó á la dueña queel diese más cinteras, e todas las otras cosas que le dió en desposorio, que non oviese por que gelodar; e vinieron ante D. Diego Lope de Faro, que era Adelantado de Castiella, e digeron mas raçones Santel cavallero, e suo Tio el Arcidiano D. Malheo, que era raçonador por la dueña; e judgó D. Diego, que si la dueña otorgaba, que avia besado, y abraçado el cavallero, despues que se juraron, que fuese todo uso de la dueña quantol avia dado en desposorio, e si la dueña non otorgaba que non avia abraçado, nin besado al ca-

vallero, despues que fueron desposados en uno, que diese todo lo que resciviera; e la dueña non quiso otorgar que la avia abraçado, nin besado, e diol todo lo que le avia dado.»

10. Hasta en las leyes españolas de la Edad Media se encuentra aquella gala y donosura que hizo á los hijos de esta tierra los primeros caballeros del mundo. Las damas, si no eran deidades, merecian el respeto y veneracion que como en el caso presente se las hacia jueces de su propia causa. En los archivos de esa nobleza, que está en la agonía, tienen los poetas materiales abundantes para componer más de un drama interesante. Mucho ha de luchar aún el bello sexo para conseguir su total independencia; pero si España no se viera al borde del abismo, aquí y sólo aquí se le haria cumplida justicia. No olvide la mujer española que el primer pueblo en que se ha reconocido de un modo perfecto el derecho *al ganancial*, es en esta tierra de Castilla. Nuestra fantasía nos hace cometer mil irregularidades y nos separa de nuestro objeto. Volvamos al exámen de la donacion esponsalicia.

11. En armonía con el derecho romano y el de las partidas se insertó la misma doctrina en el Fuero Real. Allí puede registrar el estudioso la ley 5.ª, título 2.º, libro III, en la que no sólo se concede á la mujer el dominio de la mitad de estos regalos de boda, cuando ha mediado beso, sino que hasta se la dan las arras.

12. Podia presumirse que estando escritas con claridad, tanto la ley de Partida como la del Fuero Real, y consagrándose en la de Fuero Viejo de Castilla el privilegio de que el dicho de la mujer, sobre si habia habido ó no beso, sería uniforme la jurisprudencia en materia de adjudicacion de las donaciones esponsalicias. Nada ménos que eso. Hubo tal confusion, no sólo entre los autores, sino en los tribunales, que unos adjudicaban á la mujer ó sus herederos el total importe de esas donaciones haciendo árbitra á la mujer para que resolviera con su simple dicho la contienda, al paso que otros sostenian que esa esposa desairada no debia recibir más que la mitad de la donacion y esto cuando habian mediado esponsales ó por lo ménos algunos actos que comprometian en cierto modo el buen nombre de la mujer. Está por consiguiente bien explicado, porque en las Córtes de Toro se trató de este asunto y se publicó esta ley 52.ª, en que con frases bien explícitas se dice: Primero, que cuando se deshaga el matrimonio, darle á la esposa la mitad de todo lo que le hubiese dado el esposo, si éste la hubiere besado. Si no hubie-

ra habído este desliz, no gana nada la mujer y torna todo á los herederos del marido. Segundo, si se hubiera consumado el matrimonio, la mujer ó sus herederos ganan, muriendo uno de ellos, todo lo que el esposo hubiera dado no habiendo arras. Y tercero, si hubiese arras y donaciones esponsalicias, tienen la mujer ó sus herederos el derecho de elegir dentro de veinte dias ó las arras ó los regalos de boda.

13. Sin duda aquellos legisladores creerian que sobre los particulares que comprende esta ley no habria disputas ni desazones. Disculpable es tan manifiesto error de que participan los hombres de todas las edades. Discreparon no sólo los abogados ramplones, sino los hombres de gran talla en el foro. Desde Matienzo hasta Antonio Gomez, desde Palacios-Ruvios hasta Castillo, dan vuelo á la imaginacion, distinguiendo cuándo hubo esponsales y cuándo no, así como si estos fueron de futuro ó de presente y cuándo se puede tener por consumado el matrimonio. Y lo que es peor aún, que estos autores se entrometieron, y entre ellos hasta el respetabilísimo Sr. Covarrubías, á explicar qué es lo que quiso decir la ley con la frase si la *oviese besado*, inclinándose unos á creer que el beso es sinónimo de copula, al paso que otros sostienen que no puede darse por consumado totalmente el acto carnal. Siempre es resbaladizo este terreno y más aún cuando se trata de hacer aplicacion práctica de la ley en materias tan delicadas. Si ántes de la promulgacion de la ley de Toro eran no pocas las dudas que ocurrian al deslindar los derechos de la mujer, que en realidad quedaba ofendida en el mero hecho de arrepentirse el esposo de la palabra empeñada, mayores fueron despues los conflictos que ocurrieron en los futuros pleitos, siempre escandalosos, porque al fin habia que descender al exámen de las libertades que se tomó el varon y hasta qué punto fué condescendiente y débil la desgraciada que aún no habia recibido la bendicion nupcial.

14. El sutil ingenio de los letrados encontró un remedio más eficaz que la ley de Toro para castigar el tardío arrepentimiento de esos fingidos amantes que tenian empeñada su palabra y que luégo no querian cumplir. Si habia mediado cópula, si la mujer sucumbia por las seductoras promesas de un pronto enlace, digno de castigo era el engaño y atendibles las quejas de la mujer, deduciendo la oportuna accion en causa criminal sobre estupro. Los tribunales empezaron á ser severos, viniendo á proteger muchas veces hasta la orfandad desgraciada, porque realmente nada hay más indigno que el abuso que comete el

hombre poniendo en juego todos los medios que tiene á su alcance para abusar del candor y de la inocencia de una jóven que rinde culto á la virtud en el hogar doméstico y que sucumbe á fuerza de prodigalidades y de promesas engañosas.

15. Así es que en nuestra larga y experimentada práctica no hemos conocido ni un solo caso, ni en nuestro estudio ni en los de otros reputados compañeros, de la aplicacion práctica de la ley 52.ª de Toro. Sí hemos tenido y conocemos muchas reclamaciones por estupro y otros desafueros de esta especie, y como consecuencia de ellas alguna demanda civil sobre reconocimiento de prole, alimentos, etc., pero no apoyadas en esta ley de Toro, sino en otras, y especialmente en varios de los artículos del Código penal, que se ocupan de todas las deshonestidades, y muy particularmente de aquellas en que se causa el gran infortunio de la mujer inocente y tal vez la pérdida de la honra de pobres é infelices ancianos, que no tienen más nombre que su buena fama.

16. Como más de una vez hemos asentado en este libro, la ciencia no ha dicho sobre este particular su última palabra. La materia es digna de estudio, porque se trata de uno de los más interesantes actos de la vida. No se puede desconocer que en los preparativos de boda, en todas las esferas sociales, se ocupan, no sólo los que se van á unir por un vínculo eterno, sino las familias de los dos contrayentes y hasta los amigos íntimos. Justo es que el legislador lo prevea todo y que la jurisprudencia supla lo que hace falta; y más aún, que el consejo del letrado evite, si es posible, gastos, disgustos y escándalos. Permítasenos un desahogo. Nuestra modesta reputacion la debemos, no á nuestra poca ciencia, no á la dicha de haber defendido y ganado algunos de los grandes pleitos que se sentenciaron en Madrid por los tribunales en los últimos treinta y cinco años, sino porque de silla á silla, con los litigantes contrarios y sus letrados, hemos apagado el encono de mal entendidos intereses y de pasiones aviesas.

17. No hay letrado de nombradía que no registre en sus libros ejemplares de esas desavenencias de matrimonio, malogrados algunos de ellos en el mismo dia en que los contrayentes habian de recibir la bendicion religiosa. Y estos rompimientos son causa ó sirven de pretexto para odios implacables que en pueblos pequeños, no sólo duran años, sino que se trasmiten á las generaciones futuras. Cuando en la Edad Media dominaban los ricos homes extensos territorios, una boda desconcerta-

da causaba la ruina y la desgracia de los habitantes de extensas comarcas. Hoy, por fortuna, tiene más fuerza la ley y nadie puede tomarse la justicia por su mano. Diariamente se rompen matrimonios proyectados; y cuando intervienen hombres de juicio, sean ó no letrados, las cosas se arreglan amistosamente, ó al ménos sometiéndose á determinaciones racionales que dicta la prudencia. Si la futura esposa proclama en alta voz, como la doña Elvira del Fuero Viejo de Castilla, que su prometido esposo no intentó siquiera tocar á sus vestidos, la aconsejaremos siempre que remita incontinenti las alhajas y preseas al amante que huyó ó fué despedido, porque son muchos los casos que la mujer, con sobrada razon, es la que rompe el proyectado enlace. Los casos son tan variados que no se puede dar á nada regla fija, y el buen jurista debe pesar y medir las circunstancias para formar un concepto acabado, no de aplicacion práctica de la disposicion legal que estamos comentando, porque ésta ha caido en desuso, sino de las teorías penales sobre estupro ó cumplimiento de contratos solemnes y esponsalicios.

18. Y nótese que de intento no hemos querido decir nada sobre la intervencion del poder eclesiástico y muchas y repetidas disposiciones promulgadas por la Iglesia en materia de esponsales. Defensores acérrimos del matrimonio religioso hasta el punto de creer que si la union del marido y la mujer no tiene esta sancion, en realidad en el mundo no habrá otra cosa que concubinatos despreciables y horrendos libertinajes, al propio tiempo creemos que todo lo referente al contrato civil, inclusos los mismos esponsales, debia ser de la exclusiva competencia de la autoridad civil, y cuando ésta, en brevísimo y perentorio término, hubiera puesto corrientes los papeles ó hubiera dado por concluida verbalmente su mision con un simple asiento en los libros municipales, podria venir la Iglesia despues á santificar ese contrato para dar por consumado el matrimonio. La tirantez de las dos potestades ha causado males sin cuento en el mundo y los causará aún mayores, promulgando los gobiernos de hecho ó de derecho leyes tan inconvenientes como la que hoy está perturbando á la sociedad española é insistiendo la escuela ultramontana en que es la árbitra y dueña absoluta de todo lo que tiene conexion directa con el matrimonio, que no es otra cosa que un verdadero sacramento.

19. Pongamos fin á este ya difuso comentario, tratándose de una materia que, si bien comprende, ó por lo ménos puede comprender á todos los individuos de la sociedad, porque todos

se casan, ó por lo ménos han pensado una vez en su vida en casarse, en realidad esas doctrinas de la ley de Toro no son aplicables más que á las clases acomodadas, porque el infeliz labriego ni da arras ni hace donaciones esponsalicias.

20. Cuando al jurista le ocurra algun caso de consulta de esta especie, no tiene más que acudir al artículo 458 del Código penal moderno, y en el tercer párrafo leerá lo siguiente: «El estupro cometido por cualquiera otra persona con una mujer mayor de doce años y ménos de veintitres, *interviniendo engaño*, se castigará con la pena de arresto mayor.»

LEY QUINCUAGÉSIMATERCERA.

(L. 8.ª, tít. 9.º, lib. V de la Rec., y L. 4.ª, tít. 3.º, lib. X de la Nov.)

Modo de pagar la dote ó donacion *propter nuptias*, prometida al hijo por marido y mujer durante el matrimonio.

Si el marido ó la muger durante el matrimonio casaren algun fijo comun, é ambos le prometieren la dote, ó donacion *propter nuptias*, que ambos la paguen de los bienes que tuvieren ganados durante el matrimonio, é si no los oviese que basten á la paga de la dicha dote y donacion *propter nuptias*, que lo paguen de por medio de los otros bienes que les pertenecieren en cualesquiera manera: pero si el padre solo durante el matrimonio dota, ó hace donacion *propter nuptias* á algun fijo comun y del tal matrimonio oviese bienes de ganancia, de aquellos se pague en lo que las ganancias cupiese, y si no las oviere, que la tal dote ó donacion *propter nuptias* se pague de los bienes del marido, é no de la mujer.

COMENTARIO.

1. En las leyes anteriores nos hemos ocupado de los agasajos puramente voluntarios, que el marido hace á la mujer al contraer el perpétuo vínculo del matrimonio. Ahora vamos á examinar lo que los padres conceden á sus hijos al formar parte de una nueva familia. Dedúcese de aquí, que nuestra obligacion es hablar ahora de dotes y donaciones *propter nuptias*. Las primeras se dan por los padres á las hijas que casan y las segundas se entregan á los hijos para que puedan sostener las nuevas obligaciones que toma sobre sí todo hombre al hacerse cabeza de familia. En la ley 53.ª de Toro no se trata del modo

y manera de constituir estos adelantos hechos á los hijos y sí sólo quién ha de pagar esas dotes y donaciones y con qué bienes se ha de satisfacer su importe. Empieza la ley fijando el caso en que el marido y la mujer hubieren prometido de consuno la dote ó donacion *propter nuptias*. Entónces dice que esas promesas se paguen con los bienes ganados durante el matrimonio. Así viene ejecutándose en la práctica y no hay divergencia alguna en ello entre los autores.

2. Pero acto seguido examina la ley el caso en que real y verdaderamente no hay gananciales, ó por lo ménos no alcanzan á cubrir lo prometido en esos conceptos de dote y donaciones *propter nuptias*. Entónces se manda que esas dotes y donaciones se saquen por mitad de los bienes del marido y de la mujer.

3. Acontecer suele, y es muy comun, que el marido constituya la dote sin intervenir en lo más mínimo la mujer. Tambien en este caso se sacará el importe de esos capitales de las ganancias que hubiere en el matrimonio; pero si no existieren esos ahorros, ya no tiene obligacion la madre de pagar con sus bienes lo que su marido prometió á los hijos, y la tal dote ó donacion *propter nuptias* se pagará con los bienes del marido y no con los de la mujer.

4. ¿Introdujo muchas novedades esta ley de Toro cuando se promulgó? ¿Ofrecian dudas y dieron lugar á pleitos los preceptos contenidos en los otros códigos, tratando de esta materia tan comun de dotes y donaciones *propter nuptias*? Para resolver afirmativamente estas preguntas, á nosotros nos basta que los legisladores de Toro se ocuparan de deslindar los derechos del varon y de la mujer en punto á las obligaciones y modo de pagar los adelantos hechos á los hijos al contraer matrimonio. Pero áun cuando no existiera esta razon eficiente de la ley, la encontraríamos en que, á pesar de su claridad no dejó de interpretarse de distinto modo en los siglos posteriores entrometiéndose los comentaristas á explicar no sólo lo dispuesto en los antiguos códigos, sino aplicando como tenian de costumbre el llamado derecho comun ó sea el romano.

5. En efecto, no podia ménos Justiniano de ocuparse de esta materia interesante, y como muestra, sólo citaremos la ley penúltima C. *de dotis promissione*, en la que se inculca que el padre y no la madre es quien tiene la obligacion de dotar. Son muchas las disposiciones que tanto en ese mismo código como en las novelas y en la instituta se ocupan de dotes y donacio-

nes *propter nuptias*, pero en cuyo exámen no nos es lícito entrar, porque somos comentaristas, no del derecho romano, sino de leyes específicas y determinadas del español.

6. Por eso mismo tampoco descendemos á cuestionar si el Fuero Juzgo y el Viejo de Castilla y las leyes del Estilo hablaban ó no hablaban del modo de constituir y pagar las dotes y donaciones *propter nuptias*, llegando más de un autor á encontrar en la ley 208 del último de estos códigos, es decir del Estilo, preceptos que aplicar á las dotes y donaciones *propter nuptias*. Para negarlo nos basta copiar el epígrafe de la ley CCVIII que dice así: «Que si alguno face donacion á otro por quita de deuda con condicion que la haya un fijo del acredor, que aquel la ha de haber, y los otros no se la pueden contar en su parte.» Algo hay aquí en efecto de donacion á favor del hijo favorecido; pero cabalmente es todo lo contrario de lo que propiamente se llama dote y donaciones *propter nuptias;* porque los que los reciben tienen que traer á colacion su importe al distribuir la herencia paterna para que no sean defraudados los intereses de los hijos que nada recibieron ó tomaron de ménos. Esa manera de donar era contraria al espíritu que luégo dominó en la legislacion de Castilla de la *herencia forzosa* en favor de los descendientes y ascendientes. Dejemos á esas incompletas leyes del Estilo y escudriñemos en otros códigos más perfectos lo que se ejecutó en la Edad Media en materia de dotes y donaciones *propter nuptias*.

7. El Fuero Real trata en el libro III extensamente de todas las materias referentes al matrimonio, y en la ley 14.ª del título 20.°, aunque no se habla de dotes y donaciones *propter nuptias*, sí se dice terminantemente en su epígrafe lo siguiente: «Como el deudo fecho durante el matrimonio lo deben pagar marido, é muger juntamente.» Y luégo en la parte dispositiva se previene: «Todo deudo que marido, é muger ficieren en uno, paguenlo, otrosi, en uno.» De aquí los autores deducen que, siendo en rigor verdadera deuda las promesas hechas á los hijos cuando se casan, estas deudas debian pagarse con los bienes del marido y de la mujer.

8. El sabio Rey escribió un extenso título, que es el 11.° de la Partida 4.ª, y en el que se habla minuciosamente de las dotes, donaciones y arras. La ley 8.ª es la que está en perfecta armonía con el asunto que ahora nos preocupa, y que más que comentarios creemos deber trasladar aquí: «Quién debe dar las dotes.» «Establecidas pueden ser las dotes en maneras muchas:

ca tales y a, que les establescen de su voluntad; assi como la muger, que le puede dar por si misma a su marido, o otro qualquier que la dé en esta manera en nome della. E otros y ha, que son tenudos de las dar por premia, maguer non quieran; assi como el padre, quando casa su fija que tiene en su poder. Ca, quier aya ella algo de lo suyo, ó de otra parte, ó non, tenudo es el padre de la casar, e de dotar. Otrosi el abuelo de parte de padre, que oviere su nieta en poder, tenudo es de la dotar cuando la casare, maguer non quiera; si ella non oviere de lo suyo, de que pueda dar la dote por si. Pero si ella oviere de que la dar, non es tenudo el abuelo de la dotar, si non quiere, de lo suyo: mas devela dotar de lo della. Esso mismo seria del visabuelo que toviesse visnieta en su poder.»

9. Se desprende del contexto de la ley anterior que los ascendientes varones, como padre, abuelo y bisabuelo, son los que verdaderamente tienen obligacion de dotar, pero no la madre, abuela ó bisabuela. Otra cosa es de dónde se han de sacar estas donaciones. En esta materia están acordes los tratadistas y todas las leyes antiguas. Siempre que hubiese gananciales, estos son los que cubren esa verdadera obligacion del matrimonio, concurran ó no concurran ambos esposos al otorgamiento de la escritura dotal, desde cuyo extremo, bien explícita la ley 53.ª de Toro, no introdujo ciertamente novedad alguna, porque no era posible desconocer que el aumento de capital, creado durante el matrimonio, para ninguna cosa tan sagrada podia destinarse como para colocar á los hijos, y si deber del padre es desprenderse de una pequeña parte de la fortuna, no se halla exenta la madre de idénticas obligaciones, cuando hay recursos para ello, adquiridos durante el matrimonio.

10. Mas los casuistas bien pronto encontraron materia abundante que dierá pasto á sus polémicas. ¿Qué sucede cuando no existen esas ganancias? ¿Paga sólo las dotes y las donaciones *propter nuptias* el padre? Las antiguas leyes no estaban explícitas, y los tribunales resolvieron en diversos sentidos. La ley de Toro quiso establecer uniforme jurisprudencia. Cuando acontezca ese caso de que no haya sobrantes en el matrimonio y sólo el padre ofrezca dote, él solo será el obligado, porque la ley no quiso imponer el mismo deber á la madre, aunque, segun nuestros principios, al paso que defendemos se iguale en un todo á la mujer con el marido, queremos tambien que deba sufrir las consecuencias del mismo matrimonio. No es comun que cuando la mujer es rica y el marido pobre deje la primera de

dar dote á las hijas y hacer donaciones á los hijos que se casan; pero lo positivo es que este es un acto espontáneo de su voluntad, porque ni en las leyes antiguas ni en la de Toro se impone esa carga á la mujer para que se destinen sus bienes propios en dotar á los hijos.

11. Pero no merece censura dicha teoría legal. Está basada en los principios que constituyen la familia. El padre lo representa todo, goza de los derechos de patria potestad, administra los bienes de la mujer, inclusos los parafernales, cuando la esposa no reclama para sí dicha administracion, y sobre todo, es árbitro absoluto para manejar, emplear y hasta gastar los bienes gananciales. Quien de tales prerogativas goza en conformidad á la ley, equitativo es que en compensacion tenga mayores responsabilidades que la mujer, y una de ellas es la obligacion de dotar á las hijas con sus bienes propios cuando no existan gananciales.

12. Aquí deberíamos concluir el comentario á la ley 52.ª, porque está explícito su contexto y bien marcado el objeto porque se promulgó. Pero los comentaristas se dirigirian mutuamente un cargo, si echando su imaginacion á volar no hubiesen creado casos dudosos para resolverlos luégo á su placer. Uno de ellos es el siguiente. Disuelto el matrimonio, ¿puede el marido gravar los gananciales y que de ellos se paguen las dotes y donaciones *propter nuptias*? Unos se inclinan á la afirmativa, otros sostienen, en nuestro concepto con gran copia de razones, que el marido no tiene el menor derecho sobre los bienes que real y positivamente pertenecieron á la mujer y sus herederos. Disuelto el matrimonio, queda disuelta la sociedad conyugal, y de hecho y de derecho la mitad de los bienes corresponden á la mujer y por consecuencia á sus herederos. Si la ley de Toro y tambien la de Partida establecieron que de las ganancias se pagaran las dotes y donaciones *propter nuptias*, ya esas ganancias se convirtieron en capital propio por mitad, una del marido y otra de la mujer. Todo cuanto acontezca despues de disuelto el matrimonio, tiene que ajustarse á las reglas comunes del derecho, y entónces el padre viudo pagará las dotes y donaciones *propter nuptias*; pero no podrá comprometer los bienes, no ya de su mujer, sino de sus hijos, que como herederos forzosos de ésta en el acto mismo de su muerte, tienen que distribuirse con arreglo á su última voluntad ó por partes iguales, sino hubieren otorgado testamento.

13. Es regla uniforme y constante, y lo hemos ejecutado en

muchas particiones, que, al fallecer un cónyuge, se corta la cuenta, á fin de dividir los productos, segun los derechos de cada uno. ¿Eran los capitales de la mujer? Pues las rentas futuras corresponderán á los herederos de aquella. ¿Era el padre el riço? Pues ya no son comunes, y por consiguiente no son gananciales los rendimientos que den esos capitales. ¿Hubo ahorros durante el matrimonio? Pues esas ganancias se dividen por mitad, segun previene y establece la ley que trata de la materia.

14. Y no implica ni destruye esta teoría sencilla que el padre sea usufructuario de los bienes adventicios de los hijos, porque en muchos casos todos ó parte de estos mismos hijos pueden estar emancipados; y adquiriendo el dominio absoluto de la parte alícuota que de la herencia materna les corresponda, sería un absurdo y un contrasentido que el padre fuera á dar una parte de esos capitales en dote á otras hijas ó en donaciones á otros hijos.

15. Sobre el particular no nos ha ocurrido duda de ninguna especie al distribuir en la práctica caudales de mucha consideracion, y ménos se nos ha puesto estorbo cuando hemos tratado de colacionar las dotes y donaciones *propter nuptias* al fallecimiento de uno de los padres. Sobre este extremo tambien promueven grandes disputas los glosadores de esta ley. ¿Ofrecieron la dote ó dieron la donacion *propter nuptias* ambos esposos? Pues entónces no se puede colacionar más que la mitad en cada una de las herencias para que se traiga á igual colacion en otra mitad á la muerte del viudo ó viuda. ¿No se hizo la oferta por el padre y la madre, pero sin embargo se pagó la donacion ó la dote con bienes gananciales? Pues tampoco hay derecho á colacionar más que la mitad.

16. Reconocemos que con arreglo á nuestros principios rígidos, podria el hijo favorecido con dote ó donacion sostener esa perfecta igualdad para que no se tome en cuenta más que la mitad de la donacion ó de la dote en la primera herencia, ya sea del padre ó de la madre; pero la verdad es, que esto no se acostumbra más que en los casos en que los donantes son el marido y la mujer. Si sólo figura el padre, al partir sus bienes es cuando se trae á colacion la dote ó donaciones *propter nuptias*, aunque en realidad la mitad de esa dote ó donacion pertenezca á los gananciales de la mujer, y los cuales se sacan por cierto teniendo en cuenta esa misma dote ó donacion entregada á los hijos.

17. Antes de concluir este comentario, podríamos decir algo sobre las dotes y donaciones inoficiosas. Al jóven estudioso le ocurrirá preguntar, si tambien estas dotes ó donaciones *propter nuptias* tienen su limitacion, como el legislador se la puso á la concesion de arras y á las donaciones esponsalicias, sobre cuyos particulares hemos discurrido largamente en los anteriores comentarios. La pregunta está en su lugar, y nosotros emitiríamos con gusto nuestro juicio en el exámen de esta ley. No lo hacemos, porque ningun comentarista se permite esta licencia al explicar la ley 53.ª de Toro. En su lugar oportuno procuraremos dar más detalles y hablar de la nulidad de ciertas donaciones, cuando se trate de la cesion total de bienes, sobre cuya materia interesante hay otra ley de Toro que luégo comentaremos. Nosotros únicamente llamaremos la atencion del lector, sobre lo que en el particular manifiesta el gran magistrado Ortiz de Zúñiga al folio 150 del tomo I de su obra *Jurisprudencia civil de España*. Dice: «Segun las disposiciones especiales de Cataluña y lo mismo por la legislacion general de Castilla, los padres tienen la obligacion de dotar á sus hijas; pero ninguna ley fija la cantidad á que debe ascender la dote, ni la manera en que aquellos hayan de cumplir con el expresado deber; todo lo cual está fiado al prudente arbitrio de los tribunales; y aunque las leyes 60.ª y 69.ª, párrafo 4.º *Digesto Jure dotium*, previenen que se gradue la cantidad de la dote, segun las facultades del padre y la dignidad del marido, no son aplicables á un litigio, cuando el punto á que se refiere no ha sido objeto de controversia jurídica dentro del período en que ésta queda cerrada.» Así lo confirma el Supremo Tribunal en los principales considerandos de la sentencia de 21 de Diciembre de 1861, que pueden consultarse.

18. Mas partiendo del principio inconcuso de que el padre tiene obligacion de dotar á la hija que casa, sería reprensible guardáramos profundo silencio sobre una costumbre digna de imitarse y que en nuestra pequeñez hemos contribuido no poco para que se vaya arraigando más en España. Nos referimos al señalamiento de rentas, á la fijacion de un sueldo, con el cual se puedan levantar desahogadamente las cargas del matrimonio. Amamos mucho á la juventud y no todos los esposos son manirrotos y destruyen en pocos meses las ricas dotes de sus mujeres. ¡Pero cuántos son los ejemplares que en caso contrario pudieran citarse! ¡Más de un padre ha venido á llorar al modesto estudio del autor de este libro, por no haber seguido el

consejo previsor de haber dado á su hija una renta, en vez de constituir la dote en algunos millones en metálico que en pocos años desaparecieron como el humo!

19. Y lo mismo decimos respecto de bienes inmuebles. Sin duda alguna podrá tener aptitud, y conocimientos, y actividad el jóven esposo; pero en la mayor parte de los casos todas esas circunstancias no llegarán con mucho á los que tiene el que adquirió el capital ó emprendió la industria ó por lo ménos mejoró lo que de otros habia recibido.

20. Quizás se diga que este es buen consejo para los avaros; pero nos interesa mucho la familia y todo nos parece poco para evitar futuras desgracias. Algun padre previsor, y tomando noticias auténticas, podrá conocer las cualidades de la persona á quien entrega la felicidad de su hija y sus intereses. En la generalidad de los casos desconocerá completamente esas cualidades y será difícil ya ó imposible evitar las consecuencias del error cometido. Oiganlo todos los padres previsores y ricos: vale más fijar rentas pingües para que en los primeros años puedan saciar el vehemente deseo de lucir los hijos que se casan. Luégo viene el aumento de familia y el cumplimiento de mayores obligaciones, y entónces el hijo político bendice la prevision de su suegro que le conservó el capital para que no lo destruyera en poco tiempo. No será este un remedio radical contra el despilfarro y las malas pasiones, porque siempre habrá pródigos y calaveras incorregibles; pero basta que en algunos casos pueda conseguirse el objeto, y así es como se forman las buenas costumbres, sin las cuales no se pueden dar buenas leyes.

LEY QUINCUAGÉSIMACUARTA.

(L. 1.ª, TÍT. 3.º, LIB. V DE LA REC., Y L. 10.ª, TÍT. 20.º, LIB. X DE LA NOV.)

Aceptacion y renuncia de la herencia por la muger con licencia de su marido ó sin ella.

La muger durante el matrimonio no pueda sin licencia de su marido repudiar ninguna herencia que la venga ex-testamento ni abintestato, pero permitimos que pueda aceptar sin la dicha licencia, cualquiera herencia ex-testamento é abintestato con beneficio de inventario y no de otra manera.

COMENTARIO.

1. Aquí comienzan las leyes de Toro á calificar los actos de la mujer casada, que realmente está en perpétua tutela mientras permanece en dicho estado. El marido interviene en todo hasta el punto que sin su intervencion no puede aquella repudiar ninguna herencia que le venga por testamento ó abintestato. La ley española se separa en esto del derecho comun, porque la ley 5.ª, párrafo *si maritus* 13.º, folio *de donationibus inter virum et uxorem*, permitia que la mujer pudiera renunciar sin licencia de su marido cualquiera herencia que le perteneciese ó donacion que se le hiciera.

2. Todo el fundamento de la ley descansa en un supuesto equivocado. La mujer no tiene conocimiento de los negocios; la mujer es como el menor que necesita proteccion; la mujer, en fin, no puede ni debe perjudicar nunca los intereses de la sociedad conyugal y ménos los del marido. La ley la protege no poco permitiéndola que sin licencia de su marido pueda aceptar cualquiera herencia que se la otorgue, siempre que lo

haga á beneficio de inventario, sobre cuyo precepto de la ley nada tenemos que decir, porque su contexto está bien claro y explícito; y cuando ocurre algun caso de esta especie, el abogado entendido ya sabe cuáles son las diligencias que debe practicar para que la mujer casada no sufra detrimento en sus intereses, si el marido se halla ausente, ó no quiere prestar su consentimiento para que su mujer acepte la herencia procedente de una última voluntad ó porque le corresponda por herencia de familia. Basta que diga que la acepta á beneficio de inventario, y ya está llenada la fórmula de la ley.

3. Pero ocurren muchos casos en que es estorboso y tiene gravísimos inconvenientes dar conocimiento é intervencion á terceras personas de lo que existe y corresponde á una herencia y en más de una ocasion hemos tenido que lamentar el triste estado de una mujer que, abandonada por su marido, tenia que llenar ciertos requisitos que la perjudicaban no poco en el manejo de sus negocios.

4. Todo esto depende de ese error grave de que la mujer es débil é incapaz como el menor. Y semejante despropósito se conoce bien pronto acudiendo á las mismas leyes que en otra situacion consideran á la mujer con iguales cualidades y aptitud que el varon. ¿Por ventura la mujer soltera mayor de edad y la mujer viuda no ejercitan todos sus derechos y manejan y administran sus bienes como mejor les parece? ¿Por qué, pues, ha de ser de peor condicion la mujer casada, cuando cabalmente tiene un mayor motivo para aumentar sus bienes y recursos, porque por lo comun es madre de familia? A esa misma mujer casada, ¿no la conceden las mismas leyes la facultad de administrar y dirigir sus bienes parafernales, desempeñándolo á las mil maravillas muchas esposas, no sólo cuando se trata de sus capitales, sino cuando el talento del hombre conoce lo que vale su mujer? Edúquesela, y ese tesoro escondido ha de dar ópimos frutos, como los está produciendo en los países más civilizados de Europa, en que se dedica á las mujeres para que desempeñen muchos cargos, que los ejercen con más tino y prudencia que el hombre.

5. Al expresar estas ideas no desconocemos que la situacion de la mujer casada no es tan libre como la de aquella que puede disponer de su persona y bienes como se le antoje. Lo propio en cierto modo le acontece al hombre que no puede ni debe desentenderse de sus obligaciones matrimoniales. Es esto tan cierto, que no hay esposo, habiendo cariño y buena educacion

en la familia, que no cuente para todos los asuntos de alguna importancia con el consejo de la compañera, y acabando por tomar no poca participacion los hijos cuando están en estado de dar su parecer. Todo esto es, en efecto, voluntario y potestativo en el padre á quien nosotros no intentamos quitarle el título de cabeza de familia y su calidad de jefe de la misma. Alguno lo ha de ser necesariamente, y por mil razones fáciles de comprender, el padre y no la madre ha de ser el número uno de la casa. Pero constituida de esta manera la familia, no pueden desconocerse los derechos de la hembra casada, muy inferiores á los que las mismas leyes reconocen á la celibataria ó á la que se quedó viuda.

6. Hoy por hoy hay que llenar esas formalidades de la ley 54.ª de Toro, y la mujer casada tendrá siempre que contar con la licencia de su marido para renunciar cualquiera herencia, así como sólo puede aceptarla con beneficio de inventario cuando no existiese esa misma licencia. Y nos parece inoportuna la duda de si esto mismo acontecerá cuando en vez de herencia fuera un legado ó donacion *mortis causa* lo que se hiciera á la mujer casada. Semejantes recuerdos son y no pueden ménos de ser sucesiones hereditarias; y sentando un principio, es preciso aplicarle á todas las cosas que al mismo se refieren. Acontece muchas veces que un legado tiene una grandísima importancia superior á muchas herencias, y quizá su aceptacion ó renuncia pueda producir las peores consecuencias. Como la razon de la ley es la suposicion errónea de que la mujer casada no puede ó no debe hacer uso de aptitud y capacidad, esa impotencia debe ser igual tratándose de mandas ó donaciones *mortis causa*, que despues de todo no son más que especies de un mismo género, que tienen su orígen en las últimas voluntades.

7. A los casuistas no podria ménos de ocurrírseles, si igual intervencion del esposo sería necesaria en las donaciones *inter-vivos*. Baste decir que si ese acto de liberalidad, para que se consume, necesita del consentimiento del donatario, con lo cual se celebra un verdadero contrato y la mujer casada está incapacitada para celebrar pacto alguno sin consentimiento de su marido, la consecuencia será siempre que necesita de esa proteccion ridícula hasta para el acto más insignificante de la vida y para el cual tienen todos los séres de la humanidad una aptitud prodigiosa, incluyendo hasta los niños de la más tierna edad, cual es el de recibir donaciones puras y simples, que son las que se llaman *inter-vivos*.

8. No hemos de imitar á los glosadores, que se entretienen en discurrir sobre muchos casos que en realidad no pueden ajustarse á esta ley, sino á otras que examinaremos despues para no involucrar cuestiones, cometiendo ademas la grave falta de tratar de un mismo asunto en parajes diversos y tal vez poniéndonos en contradiccion con opiniones emitidas en distinto sentido. Y hacemos estas reflexiones, porque nos disgusta que autores de tanta estima, como Sancho de Llamas y Acevedo, se preocupen de casos que en realidad corresponden á los comentarios de las leyes 55.ª y 60.ª de Toro y que adelanten juicios que tendrán luégo su aplicacion oportuna. Allí y en el análisis de otras leyes veremos si la mujer casada puede celebrar actos que comprometan á su esposo y si puede ó no renunciar los gananciales y cuáles serán los efectos de esta renuncia. Por ahora nos bastará decir que la ley 54.ª está en toda su fuerza, y que el marido que consienta que su esposa acepte herencia sin hacer inventario, se compromete á sufrir las consecuencias como no justifique que no tuvo conocimiento de aquel acto, y que por consecuencia fué nulo y de ningun valor. Por lo ménos quedarán responsables los bienes de la mujer, porque al fin ella procedió como si estuviera plenamente facultada para contraer. Todo esto tendrá explicacion más extensa al comentar la siguiente ley.

9. Complemento de todo es la intervencion judicial, cuando haya divergencia entre marido y mujer sobre admision ó no admision de una herencia. Ocurre más de una vez que el marido, por escasez de talento ó mala intencion, no se presta á intervenir á nombre de su esposa una testamentaría y no por eso pueden quedar desamparados los derechos de la mujer, la cual tiene el medio expedito de recurrir al juez del partido, entablando un expediente de jurisdiccion voluntaria, á fin de que se la autorice á tomar el legado ó herencia, formando el inventario que se previene al final de la misma ley. Todos esos reparos y cortapisas quedarian destruidos, si la mujer, mayor de veintitres años, ó si se quiere veinticinco, tuviera toda la capacidad que el mismo derecho la reconoce cuando se encuentra en otro estado.

LEY QUINCUAGÉSIMAQUINTA.

(L. 2.ª, tít. 3.º, lib. V de la Rec., y L. 11.ª, tít. 1.º, lib. X de la Nov.)

La muger sin licencia de su marido no puede celebrar contrato ni separarse de él, ni presentarse en juicio.

La muger durante el matrimonio sin licencia de su marido como no puede hacer contrato alguno, assí mismo no se pueda apartar ni desistir de ningun contrato que á ella toque, ni dar por quito á nadie dél, ni pueda hacer casi contrato, ni estar en juicio faciendo ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido, é si estobiere por si ó por su procurador, mandamos que no vala lo que ficiere.

COMENTARIO.

1. Las decisiones de esta ley son de mucha más trascendencia, porque comprenden todos los actos que ejecuta la mujer casada, y aquí es donde verdaderamente se la reputa y considera como persona inhábil para contratar. Por fortuna las costumbres son superiores y el buen sentido tiene más fuerza que cuanto determinan y mandan los legisladores sentando reglas generales y universales, que desde el primer instante dejan de ser obedecidas. No se nos tachará de irreverentes y poco afectos á la ciega obediencia de la ley y ménos aún se nos tendrá por severos censores de los Reyes Católicos, cuya apología venimos haciendo en los comentarios de las leyes de Toro. Pero sobre todas las cosas amamos la justicia y no sacrificamos nuestras convicciones á los más altos respetos. Esa ley, como otras muchas, descansa en la equivocada teoría del derecho romano, que consideraba como *cosa* á la mujer y la tenía siempre por incapaz, ya fuera hija de familia, ya fuera matrona romana. Que

esta misma teoría se trasladó á las leyes de Partida no hay para qué decirlo, y en corroboracion de este parecer podríamos citar muchas de aquellas leyes; pero como muestra sólo lo haremos de las del título 11.°, Partida 4.ª y las del título 12.° Partida 5.ª Allí encontrará materiales abundantes el estudioso para resolver las dudas que le ocurran sobre los derechos que representa el marido y los pocos ó ningunos que puede ejercitar la mujer por sí sola.

2. Antes de la promulgacion de las leyes de Toro, habia juristas que se rebelaban contra esa doctrina despótica; pero fueron vencidos cuando se publicó esa ley 55.ª, en que no se cita un solo caso en que sea lícito á la mujer celebrar contrato de cualquiera especie ni áun separarse de los que ya hubiese contraido, ni dar por quito á nadie, ni celebrar casi contrato, aunque esté representada por procurador.

3. Lo más singular es, que la mujer es dueña absoluta de los bienes parafernales ó extradotales y los administra por sí sola, cuando le place, y por consecuencia celebra y no puede ménos de celebrar muchos contratos y casi contratos, porque de otro modo no se concibe el manejo de grandes ó pocos intereses.

4. Los tribunales, severos en la aplicacion de la ley, favorecen siempre en estos casos los derechos del marido y nunca olvidaremos la profunda observacion de una mujer de inmenso talento, que defendia su derecho legítimo para administrar sus bienes parafernales y por consecuencia para vender los ricos frutos de sus propiedades, á lo cual se oponia el marido y venció en juicio. La dama decia con mucha gracia que un tribunal de mujeres hubiera sàbido mejor concordar el derecho y explicar cómo se administra, lo cual no puede ejecutarse sin comprar y vender.

5. Las reglas absolutas tienen siempre el inconveniente de producir funestos resultados en más de un caso. Quizá se nos tache de parciales en todo lo que se refiere á los derechos de la mujer, y se figure alguno que es demasiado severa nuestra censura de los tribunales, porque hayamos defendido algun pleito sobre la administracion de bienes parafernales, en que se haya dado la razon al marido. Esta acusacion sería injusta, porque en primer lugar no hemos tenido contienda ninguna de esa especie, y en segundo porque nuestras teorías legales están muy por encima de las pequeñas pasiones. Habrá pocos abogados que rindan tanto culto como el autor de este libro á los tribu-

nales colegiados, y con especialidad al Supremo, cuyas decisiones sirven hoy de faro á todo buen jurista. Y sin embargo, el mismo Tribunal Supremo no aspira al precioso dón de la infalibilidad.

6. Y no lo decimos nosotros. Lo dice y afirma una de sus más grandes lumbreras, y cabalmente hablando del punto que ahora nos ocupa, y lamentándose de la contradiccion en que el mismo Tribunal Supremo incurrió en dos sentencias sobre si el marido es ó no *administrador único de los bienes de la mujer*. El Sr. Ortiz de Zúñiga, en la obra tantas veces citada, en la página 120 del tomo I, párrafo 4.° y siguientes, dice lo que vamos á copiar: «En cuanto al primer punto la obligacion de mantener á la mujer, como ya indicamos, incumbe en primer lugar y con preferencia á su marido (S. 16 Abril 1859, y 7 Enero 1868), el cual está revestido del carácter y autoridad de jefe de su familia y de los derechos y deberes que como á tal corresponden (S. 13 Octubre 1866), siendo administrador y representante legal, no sólo de la persona y bienes, sino de los derechos tanto ciertos como eventuales de la mujer (S. 3 Junio 1865; 23 Abril 1866, y 2 Junio 1868).

A su cualidad de administrador legal de los bienes del matrimonio, se ha pretendido agregar la de *único* de los de la mujer, sin distincion alguna; pero teniéndose en consideracion las disposiciones legales y doctrinas que rigen acerca de los bienes parafernales ó extradotales, de que á su tiempo trataremos, no puede darse tanta latitud á la investidura de administrador que por punto general tiene el marido.

7. Así lo declaró el Tribunal Supremo en un fallo de 9 de Febrero de 1860; pero no podemos ménos de advertir aquí, como fieles intérpretes de sus doctrinas, que en otro posterior, de 13 de Octubre de 1866, del cual nos haremos cargo en el capítulo relativo á la dote, el mismo Tribunal ha dicho lo contrario, afirmando que el marido tiene el carácter de administrador *único* de los bienes de la sociedad conyugal.»

8. Que esta vária jurisprudencia produce conflictos diarios, no nos toca á nosotros decirlo. Si la ley por un lado dice terminante y categóricamente que la mujer casada no puede celebrar ningun contrato ni casi-contrato y por otro es doctrina corriente y tambien de ley que esa mujer casada puede administrar sus bienes parafernales, naturalmente han de venir los tristes sucesos que todos los dias ocurren, y los letrados se han de ver muy perplejos al dar su dictámen. Y este es el sitio opor-

tuno para que citemos una derrota que hemos sufrido. Un caballero que desempeñaba altas funciones científicas, y que tenía más de treinta años, necesitó dinero. El prestamista no se lo dió, porque no le bastaba la responsabilidad y categoría del deudor. Ofrecióle éste que su señora madre, mujer muy rica, que administraba su cuantioso capital parafernal, firmaría con él la obligacion. Así se ejecutó y se entregó el dinero. Llegó el plazo y el caballero no pagó ni tenía con qué pagar. Acudió el acreedor á nuestro estudio y con prevision le dijimos que quizá el pleito civil se perdería, porque el texto de la ley 55.ª de Toro era terminante; pero que estaba detras la accion de estafa, porque no se concibe que una gran señora atienda á las necesidades y caprichos de un hijo, ya mayor de edad, prestando su firma y comprometiendo sus bienes parafernales para luégo decir que no está obligada como mujer casada.

9. Se entabló el pleito civil y en efecto se perdió. Se hizo despues la denuncia como estafa y tambien se desestimó, habiendo sido condenado en costas el acreedor. Resultado: que éste perdió su dinero, que habia entregado en la creencia de que una mujer casada podia comprometer sus bienes parafernales ó por lo ménos las rentas para salvar quizá de la ignominia á su hijo. Y no descendemos á más detalles, porque nos lo prohibe la prudencia; pero en compensacion nos vamos á permitir un recuerdo de lo que pasa, no sólo en Madrid, sino en todas las grandes poblaciones de España y del extranjero. No hay un solo comercio de ricas telas y joyas en que no tengan cuenta abierta las grandes damas. Una simple indicacion de estas ilustres señoras basta para que objetos de gran valor se remitan á sus casas. ¿Se obligan los maridos? ¿Compran estos esposos? No; sus mujeres son las que hacen los contratos, que segun la ley de Toro son nulos é ineficaces. ¿Qué acontece en la práctica? Que esos pactos quedan consumados, aunque la mujer haya gastado lo que no debia. Quítese esa confianza, hágase saber que la mujer está incapacitada para todo, y entónces ni siquiera podrán las domésticas ir á la plaza pública como no justifiquen que no están casadas ó que llevan la licencia del esposo.

10. Y no se replique que si en esto se abre la mano quedarán desamparadas las pobres casadas; ¿por qué tanta compasion para las madres de familia y ninguna para las viudas y solteras mayores de edad? Una de dos, ó la mitad del género humano vale para algo más que para concebir y criar á los hijos en la lactancia, ó no. Si su entendimiento es por lo ménos igual al

del hombre, es imprescindible reconocer á la mujer en la mayor parte de las cosas los mismos derechos que al varon. Lo que no debe hacerse, es ponerla en estrecha tutela en ciertas ocasiones concediéndola y negándola simultáneamente derechos que son inconciliables, como sucede en todo lo relativo á bienes extradotales. Ocasion vendrá en que simplifiquemos estas consideraciones comentando otras leyes. Quede sentado que cuando ocurren conflictos, no hay más medio que avenencias que llevan á efecto abogados más ó ménos diestros, pero que dejan las cosas en incierto. Se supone la necesidad de separacion por causa de salud, y el marido señala más ó ménos rentas, quedándose con la administracion de los bienes de la mujer. Otras veces reivindica ésta su derecho y es lo más justo, y da al marido una parte de los rendimientos; y otras, y esto es lo más prudente, se busca una persona de juicio entre los parientes ó amigos y ambos esposos le dan poder fijándole lo que ha de entregar á cada uno de los cónyuges. Esto sucede en el mundo y todo está fuera de la ley; señal evidente que el legislador no ha satisfecho las necesidades sociales y que no podrán ménos de tenerse en cuenta tales vacíos para remediar males que en muchas familias suelen convertirse en grandes infortunios.

LEY QUINCUAGÉSIMASEXTA.

(L. 3.ª, TÍT. 3.º, LIB. V DE LA REC., Y L. 12.ª, TÍT. 1.º, LIB. X DE LA NOV.)

Valgan los contratos y demas que haga la muger con licencia general de su marido para cuanto sin ella no podria hacer.

Mandamos que el marido pueda dar licencia general á la muger para contraer, y para hacer todo aquello que no podia hacer sin su licencia, y si el marido se la diere, vala todo lo que su muger ficiere por virtud de la dicha licencia.

COMENTARIO.

1. Si la crítica un tanto severa que hemos hecho de las dos anteriores leyes necesitara mayor demostracion, la encontraria el lector imparcial en lo que se previene y manda en la ley 56.ª En ella se reconoce la aptitud y capacidad de la mujer para celebrar pactos y ocuparse de todos los negocios que le están prohibidos por las leyes 54.ª y 55.ª No necesita más que un requisito, y este es, que el marido la otorgue licencia y le de facultades que las anteriores disposiciones le niegan. Luego no es incapacidad ni temor de que la mujer cause su ruina disponiendo de lo suyo, sino una dependencia, una sumision tal al esposo, que sin su voluntad, todo lo que ejecute la mujer será nulo y de ningun valor.

2. Como es consiguiente, la primera duda que ha ocurrido á los autores es, si esa licencia, que puede otorgar el marido, no tiene limitacion alguna, porque volviendo la vista atras y examinando el título 8.º, libro II *Institut.*, se encuentra allí una verdadera prohibicion de enajenar la dote. Nuestros expositores están divergentes sobre esta delicada materia, ya comentando las leyes 54.ª, 55.ª y 56.ª de Toro, ya concordándolas con

la 7.ª, título 11.º, Partida 4.ª, en la que de un modo explícito se niega al marido la facultad de enajenar la dote inestimada. «Pero con todo esto non puede el marido vender, nin enagenar, nin malmeter mientras que durare el matrimonio, la donacion que el dió á la muger, nin la dote que rescibió della; fueras ende, si la diera apreciada.»

3. Nuestra doctrina en este asunto es bien explícita. ¿Es la dote estimada, pasando por consecuencia el dominio de ella al marido? Pues puede él mismo venderla y por lo tanto dar tambien facultad á la mujer para vender lo que realmente es del poderdante, es decir, de su esposo, quedando los bienes de éste responsables al reintegro en su caso y tiempo. ¿Es la dote inestimada, cuyo carácter suele tener siempre que ésta se constituye con bienes inmuebles? Pues entónces es indispensable que concurran á la enajenacion, y áun así es para nosotros respetable la opinion de los que creen que no puede quedar indotada la mujer, lo cual significa, que en casos tales viene á establecerse una especie de amortizacion de las dotes inestimadas, lo cual no consagraron las leyes antiguas y sobremanera repugna la moderna legislacion. Habiendo mútua conformidad de ambos esposos, creemos que se pueden enajenar los bienes parafernales y tambien los dotales, aunque sean inestimadas. Para acallar las desconfianzas de compradores que no querian emplear grandes capitales en la adquisicion de bienes de mujeres casadas, les hemos aconsejado que pusieran por condicion la práctica de diligencias judiciales sobre la conveniencia, utilidad y hasta necesidad que tenian dichas mujeres casadas de vender sus bienes dotales inestimados. De este modo la sancion judicial destruiria los escrúpulos del jurista más severo. Mayores amplificaciones daremos sobre esta interesante materia en los comentarios de otras leyes.

LEY QUINCUAGESIMASÉTIMA.

(L. 4.ª, TÍT. 8.º, LIB. V DE LA REC., Y L. 13.ª, TÍT. 1.º, LIB. X DE LA NOV.)

El juez puede dar licencia á la muger en defecto de la del marido para hacer con causa legítima y necesaria lo que no podria sin ella.

El juez, con conocimiento de causa legítima ó necesaria, compela al marido que dé licencia á su muger por todo aquello que ella no podria hacer sin licencia de su marido, é si compelido no sela diere, que el juez solo se la pueda dar.

COMENTARIO.

1. Lo resuelto en la presente ley, es el complemento de lo que venimos sosteniendo desde el principio en todo lo relativo á la capacidad de la mujer casada para disponer de sus bienes parafernales. Cuando el marido se negase á dar licencia á su mujer para hacer todo lo que las leyes prohiben á ésta, el juez puede suplir el consentimiento y otorgar la expresada licencia; pero formando para ello el oportuno expediente, en el que tiene necesidad de dar audiencia á ese mismo marido que se niega para que exponga las razones en que apoya esa misma negativa.

2. ¿Cómo y en qué términos debe ejecutarse esto? Los expositores se dividen, como en todo. Acevedo sostiene que hay necesidad de abrir un juicio ordinario admitiendo réplicas y contraréplicas y las pruebas que las partes propusiesen, al paso que Matienzo cree que el juez debe apremiar al marido para que exponga breve y sumariamente lo que á su derecho corresponda. Los tribunales en lo antiguo seguian diversas prácticas tambien; pero lo general era sustanciar estas demandas por la

vía ordinaria, dando lugar á ruidosos pleitos segun la categoría de las personas que litigaban y á lo cual contribuia no poco la curia y los abogados sutiles que promovian incidentes eternos. Hemos conocido contiendas de esta especie, que han durado años y años, consumiéndose parte del capital del marido y tambien de la mujer, porque su ódio era inextinguible.

3. No ha cortado estos abusos ciertamente la ley de Enjuiciamiento civil, porque no dedica ningun capítulo á resolver esta duda. Pudieran ser aplicables algunas disposiciones de la segunda parte, en que se trata de la jurisdiccion voluntaria, especialmente el título 7.°, que trata de las habilitaciones para comparecer en juicio, y por analogía todo aquello que se ocupa de expedientes referentes á menores, porque el derecho escrito califica en cierto modo de menor á la mujer casada. Mas es lo cierto que no hay juez de primera instancia que se atreva á dar una sustanciacion rápida á las reclamaciones de esta especie, ya se oponga á ello el marido, que se da por ofendido, ya solicite toda la solemnidad del juicio la mujer reclamante.

4. Llegará dia en que el legislador procure poner coto á esta perdicion de las familias desavenidas. No desconocemos que las dificultades son muchas y que toda medida ha de tener graves inconvenientes en el momento en que la queja de uno ú otro esposo se reduzca á escrito y éntre por los umbrales del Tribunal. Temiendo esas consecuencias, el consejo del letrado prudente debe ser que los parientes de los desavenidos, con especialidad si son marido y mujer, sometan la decision de sus diferencias á un juicio de arbitradores que pueden ser elegidos por ambas partes y sus letrados, buscando para tercero en discordia uno ó tres parientes de la familia, para que en el término de dos ó tres meses den su laudo. Este ensayo nos ha producido los mejores resultados, cortando cuestiones eternas entre padres é hijos, maridos y esposas.

5. Somos enemigos desde nuestra más tierna juventud del jurado, porque siempre dará los frutos que está dando en la actualidad, al aplicarse prácticamente al conocimiento de las causas criminales. Esos resultados serian peores, si las personas extrañas é ignorantes fueran á resolver las cuestiones del tuyo y el mio. Y sin embargo, nos parece que nada habria más conciliador que el medio ántes propuesto, cuando se relajan los vínculos del matrimonio y los padres son crueles con los hijos desobedientes. Lo que no ha podido evitar el vínculo religioso, no tiene compostura por medio de pedimentos, y el único freno

que podria encontrarse sería el veredicto de los amigos de las partes y de los parientes más respetables. Somos muy partidarios *del consejo de familia*, y creemos que el dia que se redacte un nuevo código civil con los buenos y excelentes materiales que hay en nuestra antigua legislacion, no se mirará con indiferencia la opinion humilde de este abogado, que por lo ménos tiene en su favor un curso práctico de muchísimos años.

LEY QUINCUAGÉSIMAOCTAVA.

(L. 5.ª, TÍT. 3.°, LIB. V DE LA REC., Y L. 14.ª, TÍT. 1.°, LIB. X DE LA NOV.)

El marido puede ratificar lo hecho por su muger sin su licencia.

El marido pueda ratificar lo que su muger oviere hecho sin su licencia, no embargante que la dicha licencia no haya precedido, ora la ratificacion sea general ó especial.

COMENTARIO.

1. Esta es una nueva ratificacion de todo cuanto vamos describiendo y hace referencia á los intereses pertenecientes á la mujer y de los que ella haya podido disponer sin intervencion y conocimiento del marido, ya fuera por estar éste ausente, ya porque no tuvo por conveniente concurrir al acto ó contrato celebrado por su mujer. Si por lo dicho en la ley anterior se puede obligar al marido á que dé licencia á su mujer para que ésta pueda llevar á efecto ciertos pactos ó convenios, con más razon serán estos obligatorios, si el marido voluntariamente y sin apremio los aprueba y ratifica.

2. Los glosadores no se dan por convencidos y desde luégo suscitan la duda de si es bastante esta pura y simple ratificacion, porque en un caso semejante, cual es el de un negocio llevado á cabo por un menor, no basta que el tutor lo apruebe, segun lo demuestra la ley 9.ª, párrafo *tutor ff de auctoritate tutorum*, y del párrafo 2.°, título 21.°, libro I, *institutionum*. En más de un caso, y al revisar las cuartillas para llevar este trabajo á la imprenta, hemos estado tentados y dispuestos á suprimir las numerosas citas, que si sirven para demostrar el inmen-

so trabajo de confrontacion, hacen pesado un libro de esta especie. Personas de autoridad nos han hecho desistir de este pensamiento, porque al fin y al cabo, si conveniente es saber cuál es hoy la ley vigente, y qué reformas pueden hacerse en ella, grato es tambien conocer el derecho antiguo y lo que pensaron los ilustres jurisconsultos de otra época.

3. Los casos que se ponen en parangon de la aprobacion que da el tutor á los actos del menor y lo que ejecuta el marido ratificando lo hecho por su mujer no son iguales ni tienen la menor semejanza. El menor es siempre incapaz, porque tal le reputa la ley. No sucede lo propio con la mujer, que la conceptúa habilísima hasta para administrar sus bienes extradotales. Cabalmente por querer los tribunales equiparar la mujer casada al menor se promulgó esa y otras leyes abriendo un poco la mano en favor de la esposa, y suprimiendo otras diligencias y solemnidades que se requerian en los negocios de menores.

4. Y no hay para qué detenerse en escudriñar si esta ratificacion es *licencia* ó *consentimiento*, sobre cuyo particular sutiliza demasiado Palacios Rubios trayendo á cuento la ley 2.ª, título 14, Partida 1.ª La ley dice pura y simplemente: «Ratificando el marido, queda válido y legítimo lo hecho por la mujer.» Estas palabras no necesitan explicacion alguna, ni ménos interpretarse. Aquellos legisladores tenian el buen sentido de conocer lo que valia la mujer. ¿Cómo no lo habian de tener si estaba sentada en el trono la fembra más célebre de la historia, y que valia más que todos los hombres de su siglo? Lo sensible es que, separándose de ese respeto reverencial á lo antiguo, no se hubieran atrevido á colocar á la mujer en el verdadero lugar que la corresponde para defender sus derechos. El pueblo, que se habia atrevido á escribir en sus leyes y á ejecutar despues que las mujeres son tan aptas como los hombres para ocupar el solio y gobernar á millones de habitantes, cometia una inconsecuencia calificando despues al sexo femenino como incapaz para poder manejar lo suyo.

5. Y no se tome á mala parte que, segun nuestro criterio, influyera no poco en esto la mano eclesiástica que, á fuerza de exagerar el principio religioso, ha cometido no pocas inconsecuencias. Tambien nosotros somos partidarios de la sumision al marido, como lo prescribe la epístola de San Pablo, diciendo que el hombre sea el jefe de la familia y que la mujer oiga los buenos consejos de su querido esposo. Pero éste tiene tambien grandes y estrechos deberes que cumplir, y vemos que esas

mismas leyes que comentamos le quitan la razon en muchas ocasiones. Para que no lleguen esos conflictos es para lo que queremos nosotros que la mujer, como sucede en más de un país de Europa, tenga iguales derechos en lo suyo que los que tiene el marido en los que le pertenecen; y que, al crearse la sociedad conyugal, se establezcan reglas y condiciones que sirvan de pauta en lo sucesivo, como acontece en toda sociedad en que se trata de intereses. Hablar de autoridad y de superioridad del hombre sobre la mujer es suponer que las cuestiones de derecho se resuelven como las cuestiones de fuerza, y esto no es propio de jurisconsultos.

6. Y pocas palabras tenemos que decir sobre la aplicacion é inteligencia de la presente ley. No se olvide lo que expusimos en el comentario de la 42.ª Con indicar que en ésta se habla de si subsiste ó no subsiste un mayorazgo fundado sin real licencia; si se tendria por válido y legítimo obteniendo un permiso general cuyo extremo quedó en desuso, porque subsistieron muchos vínculos sin dichas reales licencias, hasta el punto de poner un correctivo el Sr. D. Cárlos III en su famosa pragmática de 1789, se ve la completa inaplicacion de esa ley 42.ª de Toro á la 58.ª que estamos comentando, porque las expresadas dos leyes hablan de cosas enteramente distintas y porque la primera trata de un asunto que ya pertenece á la historia, al paso que la segunda está vigente en todas sus partes y los Tribunales la aplican diariamente, dando por buenos y legítimos los pactos de la mujer casada, siempre que el marido los haya *ratificado* pura y simplemente, porque aquí es tambien aplicable en un todo la ley 1.ª, tít. 1.º, lib. X de la Novísima Recopilacion, que dice que de cualquiera manera que un hombre quiera obligarse, queda obligado; y si la ley de Toro exige sólo la ratificacion, no es posible acudir á subterfugios y sutilezas para averiguar de qué especie debe ser esta ratificacion.

LEY QUINCUAGÉSIMANOVENA.

(L. 6.ª, TÍT. 3.°, LIB. V DE LA REC., Y L. 15.ª, TÍT. 1.°, LIB. X DE LA NOV.)

Valga lo hecho por la muger con licencia del juez cuando supla la del marido en ausencia de este.

Cuando el marido estuviere absente, y no se espera de proximo venir, ó corre peligro en la tardanza, que la justicia con conoscimiento de causa, seyendo legitima, ó necesaria, ó provechosa á su muger, pueda dar licencia á la mujer la que el marido le habia de dar, la cual ansi dada, vala como si el marido se la diese.

COMENTARIO.

1. Se recordará que, al empezar á examinar todas estas leyes que tratan de las relaciones de marido y mujer en punto á intereses, manifestamos que esos vacíos que se trataban de llenar tenian orígen en no haber calificado y considerado en buen lugar los verdaderos derechos de la esposa. Se encontró el legislador, no sólo con la dificultad de que el marido fuera un díscolo y con su negativa tratara de perjudicar los derechos de la mujer, en cuyo caso podia pedir la proteccion judicial, sino con otro suceso todavía más comun, y en el que, sin duda alguna, ese mismo marido hubiera dado su beneplácito. Este ejemplar es el de estar ausente el marido y tratarse de un asunto de urgencia y pronta realizacion. Entónces puede suplirlo todo la autoridad judicial dando esa aprobacion. Qué sudores y fatigas cuesta esto; cuántos gastos se originan y cuánto tiempo se pierde, lo sabemos los que tenemos la desgracia ó la fortuna de hablar mucho por medio del papel sellado. Y discúlpesenos si con

tanta insistencia volvemos á nuestro tema de que si la mujer casada tuviera personalidad y pudiera ejercer su derecho no considerando al marido más que como un buen consejero cuando la mujer quisiera oir su dictámen, no sucederia nada de eso ni habria ciertas reyertas, por más que no se nos oculte que no por eso han de ser ángeles todos los esposos y esposas. De seguro no serian tantos los disturbios y ménos las dudas de los expositores.

2. La primera es si el juez, no sólo podrá dar la licencia para un hecho que no esté consumado, sino si podrá ratificar ademas lo que se haya llevado á puro y debido efecto y sólo necesite la *ratificacion*. Acevedo y Sancho de Llamas resuelven negativamente esta pregunta, y nos parecen atendibles sus razones, porque en el caso de licencia el negocio está íntegro y en el de la ratificacion hay que pasar por lo que la mujer ha hecho. Despues de todo la ley no habla de ratificar; y no siendo esto sinónimo de dar licencia, no puede ningun juez tomarse atribuciones que la ley no le concede.

3. Partidarios nosotros de la ampliacion de facultades á la mujer, no tendríamos reparo en conceder al juez esa misma autorizacion para ratificar; pero aconsejándole que entónces fuera más rígido y severo en la práctica de diligencias, no sólo de *utilidad, sino de necesidad*. Hoy es comun viajar y trasladarse de un punto á otro repentinamente por las causas mil que se le ocurrirán al lector. Y estos mismos viajes se emprenden á miles de leguas y los exigen unas veces las necesidades del comercio, otras el servicio público y no pocas la maldita pasion de partido, quedando las mujeres en viudez temporal y teniendo precision de atender á las urgencias de la familia. Contando con bienes proceden á la venta ó empeño. ¿Podrá decirse que estos actos no pueden revalidarse nunca por la autoridad judicial, aunque se demuestre que la familia hubiera perecido, si la madre no hubiese puesto en juego esos recursos? Administrando justicia tendríamos en esto la conciencia un poco ancha.

4. La segunda duda es, si cuando el negocio es notoriamente beneficioso á la mujer, habrá necesidad de pedir la licencia judicial, porque, si estando presente el marido no es necesaria su licencia, cuando hay tal beneficio de la mujer segun se desprende de la interpretacion que se ha dado á la ley 55.ª por Antonio Gomez y Sancho de Llamas, no parece que cuando ese marido está ausente y el negocio es provechoso, haya necesidad de pedir esa licencia al juzgador.

5. Discrepamos enteramente en esta materia de la interpretacion que los autores dan á las leyes 55.ª y 59.ª, y la práctica está con nosotros. Presente ó ausente el marido, hace la mujer contratos. ¿Cómo se prueba que son beneficiosos? Practicando la oportuna informacion. ¿Ante quién se hace ésta? Ante la autoridad judicial, porque no basta decir que un asunto es útil y conveniente sino va esa simple afirmacion acompañada de la oportuna prueba, que no puede descansar en el dicho de la mujer casada contratante y de la persona que con ella haya celebrado el convenio.

6. Interin subsista esa maldita tutela y esa injusta incapacidad, en que se considera á la mujer casada, no encontramos otro medio que la intervencion judicial para solemnizar los actos incompletos celebrados por la esposa. Ciertamente no pensará ésta en pedir permiso al juez para celebrar pactos que le sean notoriamente beneficiosos; pero la persona que con ella contrate, debe ser cauta exigiendo la práctica de esas solemnidades para evitar que mañana el marido niegue la prueba de esa utilidad, que en muchos casos no es fácil demostrar por haber trascurrido años, y nada borra tanto la memoria de los sucesos como una larga fecha.

7. La ley dice que la justicia, con *conocimiento* de causa, dé la licencia á la mujer. Luego es un requisito indispensable, una condicion *sine qua non* ocuparse del suceso, explicarlo y detallarlo, porque de otro modo el juez no dará á ciegas ese consentimiento.

8. Pero es que aquí tratamos del caso en que no se practique diligencia alguna, porque notoriamente se vea el provecho y utilidad del contrato y por cuya causa se debe declarar válido como se declara el del menor cuando hace una cosa que le trae provecho.

9. En nada es tan temible el sofisma como en la aplicacion é inteligencia de las leyes. Ese argumento de alguno de los comentaristas hace supuesto de la dificultad y se encierra en un círculo vicioso. Nosotros, tan partidarios de la libertad é independencia de la mujer casada, no se nos tachará de parcialidad en esta cuestion, porque neguemos la validez de contratos celebrados por la mujer casada sin licencia de su marido y sin licencia judicial, aunque estos se supongan notoriamente provechosos. Y la razon que para esto tenemos es, que hay necesidad de justificar ese mismo provecho, esa utilidad, porque no basta que la persona interesada lo diga y afirme. No hay acto alguno

de la vida que no tenga su razon de ser para la persona que lo ejecuta, y sin embargo, sería bastante difícil demostrar la utilidad y hasta la necesidad de la ejecucion de esos mismos actos. Aquí los autores son más realistas que el Rey; pero los que pertenecemos á otra escuela defendemos el espíritu y letra de las leyes 55.ª y 59.ª y aconsejamos á todos los que hayan de contratar con mujeres casadas que obtengan, ó la licencia del marido ó la autorizacion judicial. Si siempre tuvimos esas opiniones, con mayor razon las defendemos hoy que los tribunales nos han enseñado que las madres no pueden tomar dinero para salvar á un hijo de una catástrofe, aunque cuenten con recursos y bienes extradotales de consideracion, porque el acreedor que tuviera la candidez de prestar su dinero bajo la garantía de la mujer casada, se quedará sin su capital y hasta sería condenado en costas, segun ya hemos dicho examinando y comentando esta misma doctrina.

LEY SEXAGÉSIMA.

(L. 9.ª, TÍT. 9.º, LIB. V DE LA REC., Y L. 9.ª, TÍT. 4.º, LIB. X DE LA NOV.)

La muger no pague las deudas hechas por el marido durante el matrimonio, si renunciare los gananciales.

Cuando la muger renunciare las gananciales, no sea obligada á pagar parte alguna de las deudas que el marido oviere fecho durante el matrimonio.

COMENTARIO.

1. Nuestro placer sería, si tuviéramos instruccion, talento y tiempo, escribir un libro sobre esta agradable materia. Si el matrimonio es de institucion divina; si la mujer es la fiel compañera, que ayuda al hombre á conllevar las penalidades de esta mísera vida, nada más santo, nada más justo en esa asociacion; ya que se parten las penas, y hasta podria defenderse que las sufre mayores la hembra que el varon, que tambien se partan todas aquellas cosas que pueden servir para conllevar con ménos inconvenientes las cargas del matrimonio. Y que los intereses y medios de subsistencia mejoran la situacion del individuo, por consecuencia de la familia, no hay para qué ponerlo en duda ni discutirlo.

2. La primera controversia que tendríamos que sostener sería, si en el mundo romano se hizo esa concesion de gananciales á la mujer casada, y en este palenque nos atreveríamos á sostener, no sólo que en los primitivos tiempos, sino áun despues, las mujeres romanas no gozaron de ese derecho. Hasta que el matrimonio se cobijó bajo el manto del cristianismo, la mujer era poca cosa á los ojos de la ley, por más que algunos quieran encontrar salpicados en los códigos de Justiniano y hasta

en el de Teodosio algunos textos que pudieran interpretarse en favor de la mujer, para distribuir los gananciales del matrimonio. Nuestra opinion es enteramente contraria. Hemos leido más de una vez y estudiado las leyes 7.ª y 10.ª, párrafo 3.º *ff. de jure dot*, y la 20.ª del Código del mismo título y algunos otros que hablan del peculio y derechos de la mujer, y no encontramos nada que pueda ser aplicable en bueno y verdadero sentido á lo que hoy entendemos por *gananciales*.

3. ¿Cuándo se introdujeron esas grandes mejoras en la legislacion de España? Registrando los comentaristas de la ley de Toro no encontrábamos en ellos nada que fuera explícito y claro, y sólo nos llamó la atencion una nota de los Sres. Goyena y Aguirre en su tomo I del Febrero, pág. 73, que dice lo siguiente: «Ha variado nuestra legislacion en cuanto al modo de distribuirse los bienes gananciales entre los cónyuges, pues por una ley del Fuero Juzgo se dividia á prorata de lo llevado por cada uno, pero en el dia se dividen por mitad.»

4. Conocida la ilustracion de autores tan respetables, desde luégo dimos asentimiento á su opinion afirmativa, y con vehemente deseo leimos el libro III del Fuéro Juzgo, que habla de los casamientos, y el V, en que está comprendido el título de las donaciones. Nada encontramos allí que pudiera aludir á bienes gananciales. Por curiosidad recorrimos el lib. IV sobre el linaje natural, y en el tít. 2.º encontramos la ley 17.ª, que es conveniente copiar en parte, y que en efecto consagra la doctrina que sostienen los Sres. Goyena y Aguirre. Dice así la expresada ley 17.ª, tít. 2.º, lib. IV: «De lo que gana el marido é la muier, seyendo casados en uno. Quanto que quier que el marido sea noble si se casa con la muier cuemo deve, é viviendo desa uno ganan alguna cosa, ó acrecen, si alguno dellos fuese mas rico que el otro; de su buena é de todas las cosas qne acreceren é ganaren en uno, tanto deve aver demas en aquello que ganaron en uno, quanto avie demas del otro en su buena: assi que si las buenas dambos se meian iguales, por poca cosa non tomen entencion. Ca de duro puede seer que sean asmadas tan equalmientre, que non semeie que la una es meior de la otra en alguna cosa. Mas si la una es mayor de la otra connocudamientre, quanto fuese mayor, tanto deve aver mayor partida en la quenancia, assi como es dicho de suso, cada uno despues de la muerte del otro, é puedelo dexar á sus fijos, ó á sus propinquos, ó á otro si quisieren. E assi lo dezimos de los barones cuemo de las muieres.»

5. No deja de tener su razon de ser esta ley, porque parte de la base del capital que aporta al matrimonio cada uno de los cónyuges, y con arreglo á ese principio se distribuian los frutos de esos mismos capitales, lo cual suele acontecer en las sociedades colectivas. Pero la union del varon y la mujer no representa una compañía de comerciantes; y sentada la base, naturalmente los apologistas de la santidad del matrimonio habian de hacer la oportuna variacion estableciendo la más perfecta igualdad.

6. Sobre la materia tenemos una ley filosófica, que es la 3.ª, tít. 4.º, lib. III del Fuero Real, la cual está hoy vigente en todas sus partes. Dice así: «Que como qüier que haya mas el marido que la muger, los frutos son de consuno. Maguer que el marido haya mas que la muger, ó la muger que el marido, quier en heredad, quier en mueble, los frutos sean comunales de ambos á dos: é la heredad, é las otras cosas donde vienen los frutos, hayalos el marido ó la muger cuyos eran, ó sus herederos.»

7. Todo lo concerniente á tan interesante punto descansa en los principios generales que se desprenden de esa descripcion genérica que luégo la práctica ha desenvuelto. ¡Gananciales! Palabra mágica para toda mujer, y especialmente para la esposa honrada, que ve un porvenir para sus hijos y áun para una prematura é impensada viudez. Entrad, filósofos, en el honesto albergue del labrador y del industrial; procurad investigar por qué la madre de familia se desvive y economiza lo que el esposo gana. Sin duda alguna es para atender á necesidades futuras y que la familia no pase de un mediano bienestar á la miseria, que tiene la cara de un mónstruo del averno. Pero el principal móvil, ó por lo ménos uno de los más poderosos es, porque hubo legisladores caballeros que igualaron á la hembra con el varon, como manda el precepto religioso, y dijeron: todo lo que ganeis, esposos, todo lo que podais ahorrar, será de los dos, lo partireis en su dia por iguales partes, ya proceda la economía de los bienes del uno, ya sean los rendimientos de los dos patrimonios, ya fuere el varon el que por su industria, por su talento, ó por sus elevados puestos reciba grandes remuneraciones desde el monarca al más infeliz de los cindadanos; ya esos aumentos tengan orígen en una cuantiosa dote ó herencia recibida por la esposa.

8. Sabemos que en algunos países de Europa los matrimonios dan lugar á tratos y especulaciones un tanto repugnantes, y que se ajustan las capitulaciones matrimoniales como libra

de peras, segun el adagio vulgar. No es posible que se nos oculte que en España tiene no pocos prosélitos la caza de ricas hembras. La adquisicion de un gran bienestar á poca costa es de todos los tiempos y la codicia no es sólo patrimonio de una clase social; pero el legislador no atiende nunca á las excepciones ni á los pequeños inconvenientes. Hágase el bien, aunque en casos dados la mejor ley produzca no buenos resultados. Más de una mujer rica es desgraciada; más de un marido laborioso que ha ganado cuantiosas sumas, las parte y divide segun la ley con una mujer indigna y nada acreedora á esa riqueza. Estos ejemplares no servirán nunca para suprimir las dotes y negar el derecho á los gananciales.

9. Y cuidado que el hombre siempre conserva su dignidad y se le coloca por la legislacion española en primer lugar. El es el que administra hasta el punto de vender, permutar y hasta gastar los bienes gananciales. La mujer no puede en esto poner cortapisa alguna, á excepcion de los casos de prodigalidad notoria, imbecilidad, ó ánimo de defraudar los intereses que á la esposa corresponden. Y no se califican de tales, únicamente los que llevó como suyos propios la mujer, sino la mitad de todos los que se encuentren en la casa y no justifique el marido que los adquirió por herencia ó donacion. Los productos del trabajo, las rentas de los bienes llevados á la sociedad conyugal, cualquiera adquisicion, en fin, que no descanse en un título singular propio del marido ó de la mujer, será siempre repartido entre ambos. Descansando en esta ámplia base, son bienes gananciales los que adquiere el marido ó la mujer por el usufructo de los bienes que cada uno aportó ó los que recibió de otro, los que se han comprado durante el matrimonio con los fondos comunes y áun con el dinero de uno de ellos; pero con derecho el cónyuge propietario á que se le reintegre el capital; los frutos ó rentas de los bienes heredados por uno, aunque estas rentas no hayan entrado en el matrimonio hasta la muerte de uno de ellos, etc., etc. La narracion podríamos extenderla hasta lo infinito, porque las adquisiciones son de muchas clases, y nosotros no queremos que se nos tache de casuistas. Quien desee detalles más minuciosos, los encontrará en la seccion 12.ª del título 5.º del libro I de Febrero, reformado por Goyena y Aguirre, y al buen letrado le recomendaremos muy especialmente el estudio del título 4.º libro X de la Novísima Recopilacion, donde están las leyes importantes que se han promulgado sobre gananciales. Entre todas llamará su atencion la cuarta, en que Felipe II

amplió y explicó en 1566 la ley 203.ª del estilo de que ya hemos hablado diciendo: *los bienes que tengan el marido y mujer se presuman comunes, no probando su respectiva pertenencia.*

10. Para que el partidor de herencias no se equivoque, debe tener siempre presente ese cánon, esa regla universal, y así no cometerá ninguna injusticia al dividir los bienes al fallecimiento de un cónyuge, entre los herederos de éste y el viudo ó viuda que ha de recibir, no sólo los bienes que aportó al matrimonio, sino la mitad íntegra de los que merezcan calificarse y realmente sean gananciales.

11. Siendo como es una incidencia de toda la materia que examinamos en este comentario lo que se previene y manda en la ley 60.ª de Toro, cometeríamos una grave falta dando mayor extension á nuestros raciocinios, más censurable aún cuando Pacheco dijo su sentir sobre muchas de las cuestiones que ventilamos al ocuparse de las leyes 14.ª, 15.ª y 16.ª; y para concluir la tésis general demostrando que todos los reyes de España fueron muy partidarios, así como las Córtes, de la mancomunidad de los gananciales, recordaremos que D. Enrique IV, en Nieva, en 1473, contestando á la peticion 25.ª, dijo: que todos los bienes castrenses, oficios de rey y donados ganados durante el matrimonio no fueran comunes, pero sí los frutos y rentas de ellos. Mas todas estas concesiones y creacion de derechos ceden el puesto á una cosa superior á todas, cual es la voluntad de los otorgantes ó contrayentes.

12. Y la mujer, que es una de las partes, tiene indispensablemente ese derecho de renunciar á las ganancias, y por consecuencia no quedar obligada al pago de las deudas, que es, en resúmen, lo que dice la ley en las cortas líneas que comprende.

13. Es demasiado importante la materia para que los expositores no se explayaran sobre el tiempo y ocasion de hacer esta renuncia. Opinan generalmente que la mujer puede hacer uso de ese derecho al contraer matrimonio, durante él y al tiempo de disolverse. Cuando la renuncia se ejecuta en el primer caso, es decir, en la época en que no se sabe si habrá ó no habrá gananciales, lo primero que ocurre es averiguar si en compensacion deberá recibir la mujer todos los frutos procedentes, no sólo de sus bienes, sino tambien de su trabajo, porque sería altamente injusto que el marido todo lo adquiriera para sí y no se hallara en iguales condiciones la mujer. La ley no habla de ninguno de esos casos y no pueden resolverse por analogía. Si la mujer renuncia los gananciales al tiempo de casarse, no por

eso liberta al marido de la obligacion de sostener las cargas del matrimonio, las cuales tambien ella debe levantar con el producto de sus bienes, si los aportare, ó con su trabajo. Estamos conformes con las opiniones de Sancho de Llamas, negando á la mujer esa nueva exencion por la tal renuncia y explicando las leyes 18.ª y 25.ª, tít. 11.º, Partida 4.ª, que por cierto nunca tendrian una gran conexion con la materia que tratamos.

14. Podemos decir con satisfaccion que, en nuestra larguísima carrera, en que hemos intervenido y redactado minutas de capitulaciones matrimoniales, escrituras de dotes, donaciones *propter nuptias*, esponsalicias, concesion de arras y otros documentos de la misma especie, referentes á la constitucion del matrimonio, nunca y en ninguno de ellos se ha dicho nada ni pactado nada, de donde pudiera deducirse que la prometida esposa renunciaba los gananciales. Más añadiremos: no hemos encontrado en ningun protocolo ni en los archivos de la nobleza que han estado á nuestra disposicion, ninguna escritura en que la futura esposa renunciara los gananciales.

15. Que está facultada para ello, nadie lo puede poner en duda, porque la ley es terminante y categórica; pero superior á la ley es la costumbre, y se encontraria rebajada de un modo indigno una mujer á quien se la exigiera la renuncia á los gananciales casándose con un hombre rico ó con uno que tuviera facilidad de ganar mucho en su profesion ó industria.

16. En otros países ya hemos visto capitulaciones de esta especie, porque, como ya hemos indicado en algun otro sitio, si el matrimonio no es un acto puramente especulativo, se da mucha mayor importancia que en España á la cuestion de intereses. Y por cierto que las mujeres, ó los que las representan, procuran sacar tambien su partido, ya teniendo en cuenta los capitales que aportan, ya la industria que muchas ejercen, porque sabido es que al frente de los establecimientos mercantiles, especialmente en Francia y Alemania, hay señoras que hasta llevan la cuenta y razon.

17. Si en lo sucesivo se introdujeran esas costumbres en España de renunciar á los gananciales en el acto de celebrar matrimonio, y estuviera vigente, como hoy lo está, la ley 60.ª de Toro, no habria más que acatarla; pero observando y aplicando los principios comunes de derecho, entre los que ocupa el primer lugar la aptitud de los contrayentes, porque sabido es que la mayoría de las mujeres en España, con particularidad en los países cálidos, se casan ántes de los veinticinco años, y

serán pocos los padres ó tutores que vengan á sancionar esa renuncia de gananciales, que en realidad deprime á la mujer.

18. Lo que sí es comun es hacer renuncia de estos gananciales durante el matrimonio, lo cual entra en la esfera de lo que disponen otras leyes de Toro que no han podido ser objeto de nuestro exámen. Sabido es que por regla universal de derecho civil español están prohibidas entre marido y mujer las donaciones intervivos, y claro es que sería una verdadera donacion de esta especie que la mujer dijera á los ocho ó diez años de casada que renunciaba á los gananciales ya existentes, que en muchos casos podrian ser de gran consideracion. Este acto, llámesele como se quiera, no sería otra cosa que una donacion pura, porque teniendo por la ley la mujer el verdadero derecho á la mitad de esos gananciales, se la trasmitia al esposo, quizá por causas ocultas y que repugna bastante la misma ley. Defenderemos siempre que una renuncia de esta especie la conceptuamos ilegal y nula, y en tiempo hábil podrá la mujer ó sus herederos reclamar el reintegro de estos bienes gananciales ya adquiridos cuando se hacia la renuncia.

19. Algo más dudosa es la contestacion respecto á los gananciales *futuros* que puedan adquirirse. Lo que es incierto nunca puede compararse con lo que ya existe en realidad. La mujer, renunciando á esos gananciales que dependen de un futuro contingente, quizá no renuncia á nada y hasta puede conseguir, con esa renuncia, grandes ventajas y utilidades. Es sensible que esta cuestion, hoy muy comun, se roce naturalmente con las muchas controversias que ahora se promueven en los matrimonios y de las que nos hemos ocupado explicando otras leyes. Por desgracia, la relajacion de costumbres es notoria, y no hay más remedio que dirimir los conflictos que todos los dias ocurren porque el marido y la mujer no llegan á entenderse. Cuando los deberes sociales son para ellos una cosa indiferente; cuando el divorcio es muy difícil y ninguno de los cónyuges quiere iniciarlo; cuando á todo trance se lleva á efecto por voluntad de ambos la separacion de hecho, el jurista tiene que proveer al arreglo de los intereses materiales. Entónces y sólo entónces se encuentran fórmulas, y una de ellas es la renuncia que hagan uno y otro interesados de los bienes gananciales, manejando cada cónyuge sus bienes propios y como si no existiera el matrimonio.

20. En más de una escritura de este género hemos intervenido; pero á las partes interesadas las hemos dicho que tales

pactos y convenios estaban prendidos con alfileres, porque el legislador, abominando esa desunion, no aprueba aquellos actos que pueden contribuir á que se eludan las mutuas obligaciones que contrajeron el marido y la mujer al casarse. Si los que tienen la desgracia de ser víctimas del carácter y pasiones de su cónyuge, ya sea una sola la víctima, ó los dos contribuyan por su carácter ó sus vicios á la guerra doméstica, y no tienen la mayor prudencia en su conducta sucesiva, á estos les diremos que sus infortunios no los han de curar, ni el consejo del mejor jurista, ni ménos la intervencion judicial. Consumirán su vida y patrimonio en pleitos ruidosos que no han de tener fin, ni por los sanos consejos del abogado, ni por la sentencia del Tribunal, que despues de todo tendria que partir del principio de la union de los cónyuges. Hay males sociales que tarde ó nunca se curan y son como las enfermedades físicas. La medicina no llegará nunca á encontrar remedio para el pobre tísico. El legislador más sabio nunca proveerá bastante ni encontrará paliativos para que la mujer liviana sea fiel á su esposo, ni el marido cruel trate con cariño y benevolencia á la madre de sus hijos. Si se abre demasiado la mano al divorcio, los vínculos sociales sufrirán un gran quebranto y se dirá con razon que es peor el remedio que la enfermedad.

21. Estamos ya en un camino de perdicion, porque debemos hablar de renuncia de gananciales hecha por la mujer; y para concluir el comentario de esta ley, sólo nos resta examinar si es lícita la renuncia de dichos gananciales hecha despues de disuelto el matrimonio. Nuestra contestacion es enteramente afirmativa. El matrimonio no se disuelve legalmente más que por la muerte, y hoy podrá suceder esto si se lleva á cabo algun caso de divorcio, con arreglo á la ley del matrimonio civil, lo cual dejamos á la investigacion de los que apliquen ó comenten esa ley. Nos limitamos, pues, á lo que se refiere á la disolucion del matrimonio por la muerte del marido, y repetimos que entónces la mujer viuda, que no ha podido poner cortapisa al manejo de gananciales, porque la absoluta administracion corresponde al esposo, puede renunciar á esos mismos gananciales, que en realidad no existen cuando con ellos es preciso pagar deudas, y en más de una ocasion hay que acudir á los mismos bienes del marido para cubrir esas responsabilidades.

22. Los casuistas hablan de si la mujer puede renunciar esos gananciales en perjuicio de sus ascendientes y descendientes. Por fortuna niegan este derecho, porque entónces se consu-

maria la desheredacion sin justa causa y el marido sería el verdadero heredero de la mujer, lo cual prohiben otras muchas leyes que tratan del derecho hereditario.

23. Y lo propio acontece cuando esa renuncia hubiera tenido por único y exclusivo objeto defraudar intereses de legítimos acreedores. Los actos ilegales no pueden convalecer á la sombra de ninguna ley, por más que ésta, aplicada aisladamente, proteja y atienda intereses respetables. Dejan de serlo siempre que se ponen en juego medios maliciosos, que son objeto de procedimientos subrecticios.

LEY SEXAGÉSIMAPRIMERA.

(L. 9.ª, tít. 3.º, lib. V de la Rec., y L. 3.ª, tít. 11.º, lib. X de la Nov.)

La muger no se puede obligar por fiadora del marido ni de mancomun, sino en los casos que se espresan.

De aquí adelante la muger no se puede obligar por fiadora de su marido, aunque se diga é alegue que se convirtió la tal deuda en provecho de la muger; é assí mismo mandamos, que cuando se obligase á mancomun marido é muger en un contrato, ó en diversos, que la muger no sea obligada á cosa alguna, salvo si se probare que se convirtió la tal deuda en provecho della, cá entonces mandamos, que por rata del dicho provecho sea obligada, pero si lo que se convirtió en provecho della fué en las cosas que el marido le era obligado á dar, así como en vestirla é darla de comer, é las otras cosas necesarias, mandamos que por esto ella no sea obligada á cosa alguna, la cual todo que dicho es, se entienda sino fuere la dicha fianza ó obligacion á mancomun por maravedises de nuestras rentas, ó pechos, ó derechos dellas.

COMENTARIO.

1. Como un eco lejano que se apaga, aún recordamos nuestra edad juvenil en qué el plan de estudios entónces vigente nos obligaba á estudiar derecho romano, teniendo por texto al Vinnio de Salas; pero consultando por instinto los buenos estudiantes al gran Heineccio. Hacemos á propósito esta cita, porque cabalmente dicho último autor, examinando las cuestiones referentes á los contratos celebrados con la mujer, se separa no poco de las opiniones de los antiguos jurisconsultos y hasta

discrepa de lo que afirma el jurisconsulto Ulpiano hablando del *Senado consulto veleyano*, ya interpretando los edictos de Augusto y Claudio, ya explicando la fecha en que se pudo introducir en Roma la novedad de que la mujer pudiera contratar por sí, cuando por la antigua legislacion estaba en tutela perpétua.

2. No una, sino cien veces hemos repetido que no nos es lícito entrar en este género de investigaciones ni ménos emitir nuestro juicio sobre cuál de los tratadistas de la ley de Roma tiene razon sobre una cuestion dada por más importancia que ella tenga. Al anticuario le bastará saber que encontrará abundantes materiales para estudiar esta materia en la nota que aquí se fija [1].

3. De toda esa doctrina se deduce, que á medida que se emancipó á la mujer y se la consideró *sui juris*, se la empezaron á conceder ciertas y determinadas facultades; pero limitándola otras. Una de ellas fué que pudiera salir fiadora de las obligaciones de otro, porque siempre estaba presente el fantasma de la debilidad del sexo. Partiendo de este principio erróneo, nada tiene de extraño que la regla general tuviera una aplicacion más inmediata cuando se trataba de compromisos adquiridos por la mujer saliendo fiadora de los contratos del marido. Aquí positivamente se encuentra una razon un poco más atendible. El hombre ejerce en realidad gran influjo en las cuestiones domésticas, porque la ley ha dado demasiadas atribuciones al varon, las cuales han producido efecto naturalmente en las costumbres. Ya veremos como el legislador se ha visto precisado á reconocer la validez de otros contratos mucho más fuertes, cuales son todos los que hacen referencia á la trasmision del dominio. Una familia viene á ménos por enfermedades, persecuciones ú otras desgracias; y esa familia no cuenta más que con los bienes de la mujer; ¿hay algun jurisconsulto que se atreva á decir, que esa madre de familia puede permitir que su esposo é hijos perezcan, por el temor de que quede indotada ó sin capital? A fuerza de cortapisas, los supuestos beneficios en favor

[1] Novela 134. Ley 7.ª y 23.ª *ff ad senatum consultum veleyanum*. Ley 23.ª, párrafo último, *C. h. t.* Ley 40.ª *ff de conditionem debitis*. Ley 8.ª, párrafo 4.° *ff. h. t.* Y sobre todo la historia del derecho civil de Heineccio, libro I, capítulo 4.°, párrafo 172. Los elementos del derecho civil del mismo autor, libro XVI, título 1.°, nota 1.ª; y sus antigüedades romanas, libro XXI, párrafo 12.

de la mujer se convierten en su daño. Mas ántes de exponer nuestras opiniones sobre el derecho constituyente, cumplamos con nuestro deber diciendo cuál fué el primitivo derecho en esta materia y cuál el vigente.

4. Dejemos ya á un lado la legislacion romana y el senado consulto veleyano y las disposiciones de los emperadores Augusto y Claudio, Diocleciano y Maximiano, y vengamos á los códigos españoles. Más que comentarios vamos á copiar leyes del Estilo y del Fuero Real, que nos parecen más filosóficas, más justas y más oportunas que las de Partida y que la de Toro que comentamos. Es la primera la ley 207.ª del Estilo, que dice así: «Quando la muger es obligada á las deudas que face el marido durante el matrimonio. Todo el deudo que el marido y la muger ficieren en uno, paguenlo, otrosi, en uno. Y es á saber, que el deudo que face el marido, maguer la muger no lo otorgue, ni sea en la carta del deudo, tenida es la meytad de la deuda. E otrosi, es á saber, que si la muger se obliga con el marido al deudor de mancomun, y cada uno por todo, que si á la muger demandan toda la deuda que lo puede facer, es tenida de pagar toda la deuda. Otrosi, si la muger es menor de edad que el Fuero manda, y es casada, é se obliga con su marido en el emprestito en la carta del deudo, tenida es ella á la su meytad del deudo, é si se obligó de mancomun, é cada uno por todo, será tenida á todo el deudo si gelo demanda, maguer sea menor de edad: en el casamiento, é la malicia, suple la edad. E como quiere parte en las ganancias, asi debe parar á las deudas: mas si la que es menor de edad no se obligó en la carta con su marido, no será tenida á la deuda. Y el hombre menor de edad desque casado es, será tenido á todo emprestito, é obligacion de deuda que faga; pero en las otras cosas donde es otorgada restitucion á los menores, podrá demandar restitucion.»

5. ¡Loor eterno á los legisladores de tan apartados tiempos, que así sabian dar lecciones á la sabiduría romana considerando á la mujer tal cual es y como debe ser! Aun examinando el caso extremo de que la esposa sea de menor edad y se obligue de mancomun con su marido, dice que será tenida *á todo el deudo* si se obligó de mancomun y dado razones á cual más concluyentes. Una de ellas es: *ca el casamiento, é la malicia suple la edad.* Y la otra todavía más decisiva: *E como quiere parte en las ganancias, asi debe parar á las deudas.*

6. Estas eran las teorías de los jurisconsultos de Castilla cuando se promulgó el Fuero Real. La ley 14.ª, tít. 20.° del li-

bro III de dicho código manda y previene lo mismo que la ley ántes citada, aunque se exprese con mayor concision. Dice así: «Como el deudo fecho durante el matrimonio, lo deben pagar marido, é muger juntamente.» «Todo deudo que marido, é muger ficieren en uno, paguenlo, otrosi, en uno: é si antes que fueren ayuntados por casamiento alguno dellos ficiere deudo, paguelo aquel que lo fizo, y el otro no será tenudo de pagarlo de sus bienes.» ¿Por qué se modificó doctrina tan previsora y prudente? ¿Por qué se volvió á querer colocar á la mujer casada en situaciones excepcionales suponiendo que se la favorecia para que nunca quedase indotada? La contestacion es la misma que Pacheco y el autor de este libro han dado al explicar otras leyes. Enfrente del derecho español florecia el derecho llamado comun. En París, Bolonia y Salamanca no era profundo sabio el que no hablaba mucho del Digesto y de las Novelas, y naturalmente era preciso despreciar, no sólo el antiguo derecho, sino considerarlo derogado por las leyes de Partida.

7. Así sucedió, en efecto, en esta como en otras materias. En el tít. 12.° de la Partida 5.ª encontrará, el que sea romanista, abundantes materiales para saber que allí se trasladó casi íntegra toda la teoría del senado consulto veleyano con sus modificaciones y casos en que la mujer casada, como un menor, quedaria obligada; pero pudiendo rechazar los demas contratos en que interviniere. Y como muestra insertaremos aquí una parte de la ley 2.ª, tít. 12.°, Partida 5.ª, que dice: «Otrosi dezimos, que muger ninguna non puede entrar fiador por otri. Ca non seria cosa aguisada, que las mugeres andoviesen en pleito, por fiaduras que ficiesen, aviendo llegar a logares do se ayuntan muchos omes, a vsar cosas que fueren contra castidad, ó contra buenas costumbres, que las mugeres deben guardar.» Aunque la ley siguiente explica las excepciones en que la mujer puede ser fiadora, en ninguna de ellas se encuentra que tuviera nunca aptitud para salir fiadora de las obligaciones de su esposo, áun con provecho propio. Es, por lo tanto, evidente que tanto por la legislacion romana como por lo prescrito en las leyes de Partida, la mujer no podia salir por fiadora de su marido ni podia hacer contratos de mancomun con éste sino en muy rarísimos casos.

8. Si ya era difícil saber de un modo cierto é invariable cuándo, segun la legislacion justinianea, quedaba obligada la mujer contratando en union de su marido, y complicaba aún más este intrincado asunto la ingerencia de las teorías canóni-

cas mezclando el juramento, calcúlese qué especie de confusion habria en los Tribunales al decidir tantos y tan variados pleitos, ya por la antigua legislacion española, ya por el rejuvenecido derecho romano que dominaba en las escuelas forenses.

9. En pocas materias era tan necesaria una aclaracion como en la de que se trata, y aquí entramos de lleno en el exámen de la ley 61.ª Son notables las primeras palabras del legislador: *«De aqui adelante la muger no se pueda obligar por fiadora de su marido.»* Luego ántes podia ejecutarlo, y en efecto así estaba prescrito en el derecho español. Pero aún quiere más la ley desechando hasta la excepcion de que la deuda se hubiera convertido en provecho de la misma mujer. Y despues de tan categórica prohibicion entra en el análisis, no de los contratos de fianza, sino de aquellos en que los dos esposos se hubieran obligado *mancomunadamente.* No está el legislador tan rígido y severo al calificar estos contratos directos. Aquí, sí, se admite la prueba de que la deuda se convirtiera en provecho de la mujer, y dispone que quede obligada á prorata del provecho que recibiere. Como esto es tan vago é indeterminado, aún se pone una cortapisa, que ha producido y seguirá produciendo muchos pleitos, aunque se haya tratado de formar jurisprudencia, que siempre será interpretada por la sutileza curialesca. Dice la ley: ese provecho no ha de ser en aquellas cosas que el marido estaba obligado á dar como el vestido y la comida *y las otras cosas necesarias.* La vaguedad de esta última frase es bastante para la defensa de las opiniones más encontradas.

10. La ley concluye admitiendo únicamente la fianza de la mujer y declarándola válida y legítima, si se trata de pagar y garantir las rentas ó pechos ó derechos dellas que correspondan al Estado. ¡Siempre la mano del fisco constituyendo un derecho aparte para ser de mejor condicion! Si la mujer tiene personalidad para comprometer sus intereses, á fin de que su marido salga de ahogos y no se vea perseguido por los recaudadores de la Hacienda pública, ¿por qué no le ha de ser lícito empeñar esos mismos capitales, para salvar quizá la honra y hasta la vida de su esposo é hijos? Por más que alguna vez en el foro se nos haya dicho que semejantes argumentos no son más que elocuentes declamaciones, nosotros siempre hemos sostenido y sostenemos, que si bien la fianza de la mujer en favor del marido es nula *ipso jure*, porque la prohibicion de la ley es absoluta, no puede dársele ese caráter á la obligacion mancomunada, porque en todos los casos que ocurran, ó al ménos en su mayor

parte, se descubrirá el provecho directo ó indirecto de la misma mujer.

11. Este es un punto tan interesante y que ocurre tan frecuentemente, que nosotros hemos dedicado muchas vigilias rebuscando todo cuanto se ha dicho sobre ese dichoso provecho de la mujer. Y es preciso que seamos francos y hasta pidamos perdon por nuestros errores, al afirmar que sobre ello no hay verdadera jurisprudencia, por más que el Supremo Tribunal haya pronunciado diversos fallos. La sentencia más interesante es la que se pronunció en 17 de Enero de 1857, y en la que se sientan principios luminosísimos, tales como el de que las leyes prohibitivas no son generalmente renunciables, y por lo tanto es inútil que la mujer haga renuncia en esas escrituras. Se añade en otro de los considerandos, que la ley 61.ª de Toro rechaza todo acto sospechoso de captacion ó violencia y por lo tanto no se puede dejar al arbitrio de las personas interesadas que califiquen por sí y ante sí la utilidad ó el provecho de la mujer con ánimo de eludir la ley. Estamos completamente de acuerdo con estas teorías; pero debe tenerse presente que si se da una interpretacion rígida á esos preceptos legales, se deja en cierto modo ineficaz la ley, porque en muchísimos casos es difícil y hasta imposible hacer una prueba plena del provecho de la mujer en los contratos que celebre mancomunadamente con su marido.

12. Y estas observaciones nuestras no se destruyen con lo que se dice en otros tres fallos de 11 de Octubre de 1859, 14 de Noviembre de 1863 y 3 de Febrero de 1865, porque si en esas sentencias se exige que se pruebe ese *provecho* de la mujer, esa prueba no puede ser siempre una demostracion material. Si el recto juicio de los magistrados conceptúa que las causas alegadas en la escritura otorgada mancomunadamente por los esposos están fundados en razon, atendidas las circunstancias en que se celebró el contrato, no hay medios hábiles para invalidarlo despues en perjuicio de un tercero, que procedió de buena fé y sacrificó sus intereses, dispensando un distinguido favor á los esposos que con él contrataron y cuyo pacto no puede quedar ineficaz por un tardio arrepentimiento de la mujer ó de sus causas habientes. La sentencia más aplicable al caso que presentamos, es la de 25 de Noviembre de 1865 y en cuyo caso la mujer casada negó que hubiera existido esa utilidad, siendo entónces obligatorio en el que sostenia la validez del contrato probar el *provecho* de la misma mujer casada. Los magistrados

que vieron este pleito, conocian sobradamente que en otra sentencia de 22 de Mayo de 1862 se habia sentado la doctrina que la prohibicion de la ley 61.ª de Toro no era absoluta y que hasta se habian tenido por válidas las obligaciones contraidas por la mujer, especialmente aquellas que tenian por objeto criar, alimentar y educar á los hijos, segun así se habia declarado en otra sentencia de 2 de Junio del mismo año 65 y cuyas teorías recibieron más ampliacion en otra de 16 de Febrero de 1866.

13. Y no puede prescindirse de dar una gran latitud á la doctrina que sustentamos de no interpretar severamente la ley 61.ª de Toro en cuanto á la validez de esos contratos mancomunados, porque de otro modo echaríamos por tierra todo cuanto hemos dicho explicando las 55.ª, 56.ª y 59.ª, que tienen un contacto directo con la 61.ª Pondremos un caso práctico. Una mujer casada administra sus bienes parafernales, porque la ley la da derecho para ello y el marido la otorga poder para que celebre contratos, porque maneja su esposa ese cuantioso ó pequeño capital. Aun los pactos que haga la mujer, administrando mal sus bienes, tienen que ser acatados y obedecidos, porque su personalidad jurídica está garantida por la misma ley. ¿Por qué, pues, cuando la mujer, no sólo cuenta con la licencia del marido, sino que éste se obliga con ella mancomunadamente, no ha de acatar y obedecer lo que libre y espontáneamente contrató?

14. ¿Cuál puede ser la razon de diferencia para que, en el caso en que se llenaron más formalidades, pueda pedirse la caducidad ó nulidad del contrato, y no haya derecho para ejecutar esto mismo cuando el marido se limitó á cumplir con la simple fórmula de dar licencia á su mujer para celebrar esos mismos contratos que atañen y afectan á sus bienes? Por más que nosotros reconozcamos que los ejemplos prácticos no son concluyentes argumentos por sí solos, no es posible desconocer que en muchas ocasiones esos mismos ejemplos desvanecen hasta los escrúpulos del más rígido y severo razonador. Citaremos un caso muy comun y que se repite todos los dias. Una mujer casada hereda con sus hermanos el grande ó pequeño patrimonio de sus padres, y el marido no quiere ó no puede intervenir en las particiones, ya por ausencia, enfermedad, enemistad con sus cuñados, ó por otra de las infinitas causas que ocurren en la vida. En caso tal, da un poder amplio á su mujer, de cuyos únicos y verdaderos intereses se trata, y ésta interviene de un modo absoluto en todos los actos de la testamentaría y celebra

á todas horas y todos los dias acuerdos interesantes y en los que se trata de cuantiosos intereses. ¿Es ó no es esto válido? Lo es tanto, que no hay más que obedecer y cumplir lo ejecutado, á no ser que se oponga alguna de aquellas excepciones que las leyes conceden á todos los contratantes engañados ó lesionados.

15. No hay que cansarse: el motivo de esos conflictos y dudas, explicando casos y circunstancias y limitando los derechos de la mujer bajo el pretexto engañoso de favorecer sus intereses, dimana de haber prescindido completamente de la gran máxima de la ley del Estilo, de que á la mujer le bastan *su malicia y el casamiento* para contraer. Verdad eterna que recomendamos á la sabiduría del poder judicial y á la ilustracion de los jurisconsultos. Si las leyes autorizan á esa misma mujer y la consideran muy capaz para que contraiga, no sólo el vínculo eterno del matrimonio, sino otros mucho más estrechos y pesados, cuales son los de pobreza, castidad y clausura eterna, ¿por qué el legislador ha de hacer distinciones y ha de impedir que la madre de familia, aunque tenga cuarenta años, todavía sea aquella mujer incapaz del senado consulto veleyano? Bien dice Pacheco, en uno de sus comentarios, que los abogados no servimos para jueces. El que escribe este libro, en rarísimos casos declararía la nulidad de contratos solemnes celebrados por la mujer casada en union con su marido.

LEY SEXAGÉSIMASEGUNDA.

(L. 10.ª, TÍT. 2.º, LIB. V DE LA REC., Y L. 6.ª, TÍT. 11.º, LIB. X DE LA NOV.)

La muger no puede ser presa por deuda que no provenga de delito.

Ninguna muger por ninguna deuda que no descienda de delito pueda ser presa y detenida, si no fuere conocidamente mala de su persona.

COMENTARIO.

1. Dos renglones tiene la ley y su contesto es claro y explícito. Sin embargo, se presta á largas y profundas meditaciones, siquiera sea para dar una ligera idea de lo que mandaba el derecho antiguo, lo que se ejecuta hoy y lo que podrá ser en lo sucesivo la ley, para que queden garantidos los contratos de mútuo. Dijeron los Reyes Católicos en esa ley 62.ª, que ninguna mujer por deudas pueda ser presa á no haber cometido delito ó ser conocidamente mala. Luego los hombres podian ser arrestados y conducidos á prision por sus deudas, porque de otro modo no se concebiria que se estableciera esa exencion en favor de la mujer.

2. Hé aquí planteada la primera cuestion. ¿Se conoció en los primitivos tiempos de Roma la prision por deudas? ¿Modificó aquella dura legislacion el uso que hacia de sus facultades el Pretór? ¿Favorecieron á los deudores las velcidades del Imperio? ¿Dejaron subsistentes primero Teodosio y luégo Justiniano en sus códigos, la prision ó por lo ménos la detencion ó arresto del deudor que no pagaba? La contestacion á estas preguntas, daria lugar más que á una larga disertacion, á la impresion de un libro de no pocas páginas. Por nuestra parte nos declaramos incompetentes, porque en las muchas investigaciones que hemos hecho sobre esta materia interesante, en que se confunde la legislacion civil con la penal, nada nos satisface.

3. En los seis siglos en que vemos primero prosperar con-

quistando al mundo y despues caer ese pueblo heróico y vicioso, cuyas costumbres en nuestra opinion no han sido descritas en sus principales detalles, por más que Gibbon en los tiempos modernos, y Tácito, Juvenal y Salustio, en los antiguos, hayan escrito obras inmortales, no por eso se conoce bastantemente la manera de ser del austero republicano de los dos primeros siglos, tanto en el hogar doméstico, como en la plaza pública, ni tampoco el papel, la representacion y los goces de los Sibaritas que ya dominaban á Roma cincuenta años ántes que estableciera Sila su dictadura y ménos aún el desconcierto que en todo entronizó el despotismo de los Césares. Pues todos estos estados sociales tenian relacion íntima con la cuestion que nos preocupa. Los goces materiales arrastran al hombre, cuando la educacion y las leyes no le refrenan, á cometer toda clase de abusos; y si encuentra medios fáciles de satisfacer sus apetitos, aunque sea á costa del vecino, no hay que dudar un instante que los pondrá en juego. Esta es la historia de la humanidad de todos los tiempos. Allí donde el lujo sea una necesidad social, nadie se creerá rebajado por haber abusado del crédito adquiriendo grandes deudas y haciendo gala de no poderlas pagar nunca y creyendo haber contraido un mérito engañando, ya al infeliz que quiso obtener algun premio con sus ahorros hechos á costa de sudores y fatigas, ya burlándose del codicioso usurero que no miró á los peligros ni á las ningunas garantías del que tomaba su dinero, sino el escandaloso premio que se le ofrecia.

4. Las crónicas de aquellos tiempos nos describen las turbaciones que en más de una ocasion tuvieron que reprimir los gobiernos de Roma por el eterno clamoreo contra el usurero y las rígidas leyes que sobre el particular se promulgaron para compensar en cierto modo esas medidas tiránicas. Era forzoso que los principales autores de esos males sociales, que eran los que tomaban dinero á toda costa, tuvieran tambien su correctivo. Este y no otro es el verdadero orígen de la *prision por deudas*, que en muchos períodos de la historia cayó en desuso y en otros se ponia en todo su vigor, siempre que se apoderaba del imperio algun hombre de gran valer. Al recopilar y someter á un método tan variada legislacion, Justiniano conservó la prision por deudas; pero sus disposiciones dejan mucho que desear, porque los romanos, inclusos sus profundos jurisconsultos, no fueron muy fuertes en las teorías penales, y ya hemos indicado anteriormente que la usura y la prision por deudas, que en cierto modo son dos hermanos gemelos, pertenecen más bien al Có-

digo penal que al civil. Sin embargo, vemos que Justiniano en la auténtica *Hodie, C custodia reorum*, manda que la mujer no puede ser presa, no sólo por deuda privada ni del fisco, sino por aquella que proceda de delito. De aquí deducimos nosotros, que ese distinguido privilegio no alcanzaba á los varones, que podian ser conducidos á la cárcel por sus acreedores cuando cumplido el plazo, no habian satisfecho sus compromisos.

5. ¿Y qué sucedió en la Península en los primeros siglos? ¿Qué establecieron nuestros antiguos códigos sobre esta materia? Si nuestra ciencia es escasa para formar una opinion decidida sobre lo que sucedió en la Roma republicana é imperialista sobre la prision por deudas, igual es nuestra ignorancia sobre la jurisprudencia establecida desde la promulgacion del Fuero Juzgo hasta la redaccion de las Partidas. Tenemos sobre la mesa los códigos y los ocho autores que mejor han comentado las leyes de Toro, y volvemos á repetir que en ninguno de ellos encontramos nada que pueda mover la curiosidad del lector. Todos esos tratadistas parten del principio, de que la prision por deudas y la condenacion de la usura son dos cánones de la jurisprudencia; pero no se atreven á decir cómo y de qué manera se ponian en práctica esas disposiciones legales, especialmente en los tiempos calamitosos, desde el siglo IX hasta el XV, en que no se pensaba más que en pelear.

6. Sin embargo, en las leyes de Partida ya se encuentra algo en que indirectamente se trata de este asunto. La ley 3.ª, título 7.°, Partida 3.ª, viene á reconocer que, renunciando la mujer al Senado consulto veleyano y á las demas leyes promulgadas en su favor, puede ser presa por deudas. Y aún más terminantes y claras en este mismo sentido están las leyes 2.ª y 3.ª, título 13.°, Partida 5.ª, que no copiamos ni comentamos, porque al fin este es un punto de erudicion, atendido al estado actual social, al cual debemos consagrar algun mayor estudio, porque este es el objeto más principal de nuestro libro. Ántes de descender á ese exámen, es preciso explicar el motivo de la promulgacion de la ley 62.ª de Toro y lo que luégo ha venido aconteciendo desde que rige ese código hasta el dia.

7. Era un axioma que todo deudor podia ser encarcelado ménos la mujer; pero se promulgaron las leyes de Partida y tambien las sujetaron á ese duro castigo, si renunciaban todos los privilegios introducidos en su favor. Como era consiguiente, no habia prestamista que no exigiera esa renuncia y por lo tanto de hecho y de derecho quedaba ineficaz la exencion de la mu-

jer, á la que tanto quisieron favorecer las leyes á medida que adelantaba la civilizacion. Aquí está el orígen de la promulgacion de esa disposicion legal, que á pesar de su laconismo ha sido objeto de encontradas opiniones. Todos los tratadistas convienen en que, no habiendo delito ó no siendo conocidamente mala la mujer, no puede ser perseguida criminalmente por deudas, ó lo que es lo mismo, que no puede ser presa. Pero aquí de los tratadistas. ¿Tendrá cualquiera acreedor el derecho de decir que la mujer casada, al contraer la deuda, cometió un delito? Ésta es la primera duda. Consiste la segunda en saber ¿qué se entiende por mujer *conoscidamente mala de su persona*, que son las palabras de la ley? A graves consideraciones se prestan estas dos preguntas, y procuraremos decir nuestro sentir brevemente, examinándolas por separado.

8. Creemos que el legislador, al hablar de delito y al consignar que por él se pudiera perseguir á la mujer, no hizo más que acatar una teoría penal reconocida en todos los tiempos de que á nadie le es lícito delinquir y que cualquier ciudadano puede perseguir á los varones y á las hembras si hubieren cometido un crímen, delito ó falta de los penados por la ley con castigos más ó ménos severos. Si un acreedor, en vez de decir la mujer A ó B no me paga, porque no quiere ó no puede, y añade que esa mujer le adeuda tal suma, porque se la hurtó ó se la robó, esa denuncia produce no un pleito civil, sino una causa criminal y en la cual toma parte, y no puede ménos de tomarla, el ministerio fiscal. El denunciador, en su caso, queda sujeto á las consecuencias si no probara su denuncia; pero justificando el hecho, la mujer será infaliblemente condenada, no sólo al reintegro de la cosa robada, hurtada ó estafada, sino al resarcimiento de daños, perjuicios y costas, lo cual ha sido y será siempre un dogma, tanto en los antiguos tiempos como en los modernos. Aquí no hay que acudir, ni al derecho romano, ni al de las Partidas, sino atenerse al texto terminante de la ley. La mujer nunca puede ser encarcelada por deudas, á no haber cometido delito. Siempre que lo haya, siempre que se le justifique, no habrá más remedio que aprisionarla primero y condenarla despues al reintegro, y nosotros añadimos á que sufra el castigo que el código penal indique.

9. Con razon se apuran los tratadistas para explicar el segundo concepto, por el cual la ley de Toro quiere que la mujer pueda ser presa por deudas. ¿Qué se entiende por mujer *conoscidamente mala de su persona?* Para nosotros, sólo se puede dar

este título á la ramera, á la mujer pública, á la prostituta que vende sus favores por un precio. La dificultad consistirá en cómo se justifica esto. En lo antiguo era algo más fácil, porque en varios períodos de la historia, no sólo se toleraban, sino que en cierto modo se protegian los lupanares. Aún tienen nombre propio ciertos sitios en algunas ciudades populosas de España, en donde únicamente podian albergarse esos séres desgraciados. En los dos últimos siglos, y áun en el presente, este es un asunto completamente abandonado por los gobiernos de España, dando poca importancia á este interesante ramo de la policía social. Reconocemos que la materia es difícil y complicada, y que los pueblos más adelantados del globo no han hecho sobre el particular grandes mejoras. Así es que, siendo como es y no puede ménos de ser una gran deshonra el libertinaje de la mujer pública, el acreedor que la persiguiera, tendria que probar esa misma liviandad, porque los asientos privados de la policía no serian por sí solo suficiente comprobante. En los últimos tiempos se las ha querido empadronar con este título por algunos gobernadores civiles; pero estos esfuerzos individuales no bastan para que se imprima en la frente de una mujer el estigma horrible de prostituta. La verdad es, que son pocos los casos que ocurren sobre las deudas de estas infelices. El que las interrogue, sabrá que su situacion en punto á deudas no tiene ejemplo igual. Hay muchas clases ínfimas, víctimas de la más monstruosa usura. Nadie satisface más que esas desventuradas mujeres que empeñan hasta su última prenda de vestir, pagando el ciento por ciento mensual. Pero volvamos á nuestro tema, y digamos que, aplicando la ley de Toro, la prostituta podia ser conducida á la cárcel por deudas.

10. ¿Y acontecia lo mismo áun cuando estuviera casada? ¿Podia cualquiera acusarla y perseguirla en este concepto, cuando la ley terminante y categóricamente prohibe que nadie pueda acusar como adúltera á una mujer más que el marido, que es el verdadero interesado en su honra hasta el punto de que, acusada una vez, puede el mismo marido perdonar el agravio y hasta recibir en su tálamo á la mujer que le ofendió?

11. El raciocinio es fuerte y al parecer concluyente; pero el texto de la ley de Toro es bien expresivo y no excluye á las mujeres casadas que pueden prostituirse y desgraciadamente se prostituyen con y sin consentimiento del marido. Los procesos que en lo antiguo se abrian, aplicando la ley de Toro, eran siempre un escándalo y los tribunales pronunciaban tambien

sentencias varias, apoyándose unos en el derecho incuestionable del esposo, único juez de la honestidad de su mujer, y sosteniendo otros que la prostitucion, conocida ó no conocida por el marido, le habia privado á éste de todos sus derechos en dicha materia.

12. La ley de Toro cayó en cierto modo en desuso, desde principios del siglo, en el momento que empezaron á correr malos aires contra la prision por deudas. En la lejana fecha de 1835, en que empezamos á redactar pedimentos, todavía se decia en las demandas ejecutivas que se despachase ejecucion contra la *persona* y bienes del deudor. Sin embargo, la jurisprudencia tenía ya establecida otra cosa y ningun deudor era conducido á la cárcel.

13. Las diversas leyes políticas promulgadas desde aquella fecha, han establecido que las acciones civiles, procedentes de contratos consensuales, no dan derecho á privar de la libertad á ningun ciudadano español miéntras no se haya cometido algun delito ó falta comprendidos en el código penal vigente. La constitucion política del Estado, promulgada en 1845, prohibe en su art. 7.°, que á nadie se le pueda encarcelar por deudas. Esta doctrina, repetida en la Constitucion de 1869, está en armonía con el código penal de 1848 y las variaciones y modificaciones que se han hecho en él desde dicha fecha.

14. ¿Subsistirá esta teoría, adoptada en la mayor parte de los códigos modernos, ó tendrá razon algun pueblo ilustrado de Europa, que todavía conserva la prision por deudas? Nuestras opiniones rechazan todos los medios violentos y que no son puramente necesarios para hacer entrar al hombre en el exacto cumplimiento de sus deberes; pero entre el caso de que un acreedor de buena fé quede burlado por un deudor malicioso y los muchos en que el usurero, abusando de las garantías que le da la ley, conduzca á la cárcel al padre de familia que no puede pagar, creemos que tienen mejor causa los que defienden, que por simples deudas no debe imponerse la siempre terrible pena de la prision. Busque en otra parte garantías el acreedor para hacer efectivo su crédito; y cuando no las encuentre, no preste, y así no se verá burlado en sus esperanzas.

15. Por todo lo expuesto se viene en conocimiento, que si el varon no puede ser conducido á la cárcel por deudas, ménos lo podrá ser la mujer, á la que en compensacion de su capacidad relativa, le concedian las leyes de Toro, y entre ellas la 62.ª, más de un privilegio.

LEY SEXAGÉSIMATERCERA.

(L. 6.ª, TÍT. 15.º, LIB. IV DE LA REC., Y L. 5.ª, TÍT. 8.º, LIB. XI DE LA NOV.)

Prescripcion del derecho de ejecutar por obligacion personal, de la accion personal y ejecutoria de ella, y de la mixta de personal y real.

El derecho de ejecutar por obligacion personal se prescriba por diez años, é la accion personal y la ejecutoria dada sobre ello, se prescriba por veinte años y no ménos; pero donde en la obligacion hay hipoteca, ó donde la obligacion es mixta, personal é real, la deuda se prescriba por treinta años y no ménos.

COMENTARIO.

1. Una vez más tenemos que acordarnos del gran Pacheco. Hubiera escrito una disertacion luminosa sobre la materia que comprende esta ley. Los derechos civiles, en que se funda principalmente el órden social, sólo los pueden describir los talentos de primer órden. ¿Qué hemos de decir nosotros sobre posesion, que es la base en que descansa el principio de propiedad, sin el cual no es posible que durára ningun gobierno constituido ni ninguna sociedad? ¿Qué arcanos hemos de arrancar á la ciencia, para sostener que esa posesion y esa propiedad no pueden existir, sin que se dé un gran valor al transcurso del tiempo, que la sabiduría de todos los códigos ha llamado *prescripcion?*

2. Posesion: hé aquí la palanca con que el hombre ha removido al mundo y hecho los prodigiosos adelantos que describen las ciencias y las artes, y que están á la vista en las grandiosas obras creadas para el bienestar de la humanidad. Destrúyase esa posesion, y que lo hecho por cada uno sea para todos, é ins-

tantáneamente, ó al ménos en corto tiempo, el hombre vuelve al estado salvaje. Aún recordamos una frase feliz pronunciada por D. Lorenzo Arrazola, allá en lejanos tiempos, siendo Presidente de la Academia de Jurisprudencia de la capital y sosteniendo que la propiedad era de derecho natural y fué creada por el Omnipotente. Preguntad, decia, al indio que con su flecha ha matado el ave, cuya carne destina para alimentarle, y cuyas plumas le servirán de adorno, ó tal vez para esa misma flecha, si la caza tiene que repartirla entre los que no le han ayudado en su empresa. Su contestacion no sólo sería negativa, sino que volveria esas mismas armas contra el que intentára arrebatarle el fruto de su trabajo.

3. Estas opiniones son tan unánimes en todos los períodos de la historia, que sólo han podido ser contrariadas por séres enfermizos que han intentado singularizarse cuando los pueblos han adquirido mayor civilizacion. No son de hoy las ideas comunistas. Allá en la academia de Aténas y los llamados filósofos de Esparta llevaron hasta la última exageracion el disparatado principio de la igualdad en todo y de la comunion ilimitada. Si quereis introduciros en el exámen de las doctrinas de algunas sectas de Confucio y Buda y de sus sacerdocios, que son más invasores que el de todas las religiones modernas, tambien encontrareis muchas de las ideas con que ahora se visten esos perturbadores de la sociedad.

4. Por fortuna, los pueblos no se dejan seducir y las mismas clases menesterosas son las primeras que reconocen que no tienen más derecho que el producto de su trabajo, que á la posesion de lo que adquieran con su sudor, segun máxima del Evangelio y sin perjuicio de que los buenos gobiernos y los principios religiosos procuren mejorar la triste situacion del desvalido y del desgraciado. Una cosa es el derecho y otra el ejercicio de las virtudes; y por cierto que una de ellas es respetar lo ajeno, y no puede haber ajeno como no se declare legítima y santa la propiedad, que no es otra cosa que la posesion adquirida con justos títulos.

5. No hay autor que, comentando esta ley, no se explaye y emita sus opiniones sobre todos los caractéres que distinguen y forman el verdadero derecho de propiedad. Nosotros, con timidez, iniciamos un pensamiento, y luégo creemos que incurrimos en el defecto imperdonable que la mayor parte de los autores científicos, que es hacer pesada la lectura de su obra. Las materias legales son áridas y en ninguna se exige tanta clari-

dad como en la presente, y en ella todavía se necesita más concision.

6. Para enaltecer la posesion legítima, nos vamos á permitir un solo argumento *ad-hominem.* ¿Hay algun socialista, literato ó no literato, que se haya dejado arrebatar lo que algun dia adquiriera, fuera con el trabajo de sus manos ó con su entendimiento? Comprendemos á los que, por un espíritu sublime, segun unos, ó por una exageracion de preocupaciones, segun otros, renuncian á todos sus derechos y no quieren poseer nada. Pero cabalmente los fundadores de las órdenes monásticas han sido siempre enemigos de esas escúelas socialistas, porque al predicar la pobreza para sus asociados, sólo exigian de la caridad de los demas y sólo de la caridad el sustento para el que no lo pudiera adquirir por sí. Ningun rígido moralista de la escuela católica se ha convertido en socialista, suponiendo que la caridad sea tan extremada que cada uno emplee en actos benéficos, no sólo todo lo que le sobre, destruyendo de este modo la economía y ahorro, una de las virtudes más santificadas por el cristianismo, sino matando en su orígen la creacion del capital, que es el porvenir de las familias y de las naciones. La igualdad ante Dios, la igualdad ante la ley, pero no generalizar el principio, porque no habria esta igualdad si el fruto producido por el uno se convirtiera en provecho del otro. El mismo Sér Supremo, y la naturaleza que es su obra, aborrecen esa misma igualdad. A unos les da fealdad y enfermedades, y á otros los crea hermosos y de constitucion robusta. A unos los dota de clarísimo ingenio y á otros sólo les permite que puedan comprender las ideas más sencillas de lo justo y de lo injusto. Si en esto hay armonía, ó estos hechos son arcanos de la Providencia, no nos toca á nosotros descifrarlos, y sólo sí hablar ahora de lo que es la posesion desde el momento que hubo dos séres en el universo y que por intuicion empezaron á conocer el tuyo y el mio.

7. La primera consecuencia que se desprende de ese hecho es si toda posesion es de la misma especie. Más claro. Si la *mera tenencia de la cosa* debe ser garantida y respetada, porque no puede negarse que eso es un verdadero acto posesorio, pero que es necesario esté revestido de ciertas solemnidades, porque de otro modo se confundiria al usurpador con el legítimo adquirente.

8. Los pueblos que estuvieron al frente de la civilizacion en las edades pasadas, profesaron sobre poco más ó ménos las mis-

mas doctrinas en todo lo concerniente al derecho de propiedad, y contrayéndonos al derecho romano diremos que, por doquiera se abran los códigos de Justiniano ó los libros de esos grandes jurisconsultos, allí se encontrarán las teorías más sublimes sobre el derecho de propiedad. En cuanto á la prescripcion, llamada usucapion en su afeccion más sublime, Roma no hizo otra cosa que usurpar á Grecia sus leyes dispositivas. Platon en su *República*, lib. XII *de legib.*, pág. 697, emite sus siempre concienzudas opiniones sobre este punto interesante del derecho, que si en muchas materias ampliaron é ilustraron los sabios legisladores de Roma, no se olvide nunca que hasta hoy no ha llegado ningun pueblo al grado de la civilizacion de Aténas.

9. Nos perderíamos en un intrincado laberinto si quisiéramos buscar y describir cuántos y de qué especie fueron los modos de adquirir el dominio de las cosas y tambien cómo á la vez se perdian las acciones para reclamarle. La ley de Toro habla sobre la prescripcion únicamente, y á ella nos debemos contraer apuntando solamente las ideas generales en que descansa esa institucion puramente civil; pero que limita y destruye en su caso la posesion legítima y la propiedad, á las que nosotros le damos un orígen respetabilísimo.

10. Desde las Doce Tablas hasta el último de los códigos de Justiniano, desde Modestino hasta Gayo, pueden servir de norte al jurista para estudiar lo mucho que hay que aprender en esta árdua é interesante materia de la prescripcion. Y esta, en realidad, no es más que posesion continuada, ya de las cosas que materialmente se disfrutan, ya del derecho para privar á otro de las acciones que tienen para reclamar algo de aquel que prescribe. De este último extremo se ocupa la ley 63.ª de Toro; y véase por qué, ademas de nuestro deseo de emitir nuestras opiniones generalizando los asuntos jurídicos de que se ocupa ese cuerpo legal, no se puede ménos de seguir este plan, porque no se comprende bien qué es prescribir acciones sin saber ántes qué se entiende por prescripcion ó usucapion de bienes. A la juventud le es algo difícil cuando aprende los rudimentos de derecho, darse cuenta y armonizar lo que se entiende por prescripcion de bienes y prescripcion de acciones, porque con la primera se adquiere una cosa tangible, mueble ó inmueble, y por la segunda, lo que hace el adquirente es matar un derecho que habia contra él. Representa lo primero una afirmacion y lo segundo una negacion. Sin embargo, en el resultado los efectos son los mismos, como en adelante se demostrará con ejem-

plos; y para que lleguemos á ellos, bueno es fijar la significacion de las palabras. Así como para que la simple tenencia de una cosa pueda elevarse á la categoría de posesion legítima se necesita que concurran ciertas y determinadas circunstancias, del propio modo no cabe ni hay lugar á la prescripcion sino teniendo el que prescribe ciertas condiciones que taxativamente se fijan en varias leyes. Prescribir es privar de un tiempo ó de una accion al legítimo dueño como castigo de su desidia y abandono, porque las leyes de todos los países aborrecen que el dominio de las cosas quede en incierto. Se necesita, ante todo, que el poseedor de la cosa tenga justo título y crea que esa misma cosa que adquirió, ya la comprara, ya se le donara, ó de cualquiera otro modo se trasladara el dominio por un tercero, éste tenía legítimo derecho para hacerlo. En el instante mismo que se pueda justificar que el tenedor de la cosa no tiene ese título y se averigua que á ciencia cierta tomó una cosa que le constaba era de otro, le es imposible utilizar la excepcion de prescripcion cuando el antiguo dueño de dicha cosa se la reclame. Nos ocupamos ahora de la prescripcion ordinaria y no de la extraordinaria, para la cual no se necesita esa buena fé de que ahora hablamos.

11. El segundo requisito que debe tener el que utiliza la prescripcion es buena fé. El legislador no puede apadrinar nunca más que los actos honrosos, y ciertamente sería inícuo que, al paso que castiga la indolencia y el descuido del propietario que abandona y mira con indiferencia las cosas que le pertenecen, fuera á ser protector de las malas artes del que, con conocimiento perfecto de los antecedentes, detentara á sabiendas lo que era de otra persona. Los tribunales en este punto son inflexibles, y el que apoya su derecho en la prescripcion necesita justificar, no sólo que tiene legítimo título para poseer, sino que ha estado en la creencia que el que le trasmitió ese derecho era el verdadero dueño de la cosa.

12. La tercera cualidad de que debe estar adornado el que aspire á rechazar una demanda de reivindicacion por el concepto que nos ocupa, es que esa posesion, en que descansan el justo título y la buena fé, ha sido *continuada* sin interrupcion de ninguna especie. Basta que el antiguo dueño haya ejecutado algun acto de dominio, que haya demandado al poseedor ó detentador ante un simple júez de paz, para que desde aquel instante se considere interrumpida la posesion y perdidos los esfuerzos hechos hasta entonces, porque desde aquel instante el

poseedor ó detentador sabe que si su título de adquirir adolece de algun vicio, éste ya no se purga con la buena fé que ántes tuvo el adquirente. Y es tan invariable este precepto y exigencia de la ley, que es un axioma invariable condenar al poseedor, cuando pierde el pleito, á la devolucion de frutos desde el dia en que se interpuso la demanda, porque desde aquel dia ya no podia escudarse con su buena fé.

13. El cuarto requisito que á su favor debe tener todo el que prescribe es, que sea poseedor de la cosa por el tiempo *definido* por la ley. Frase elocuente por la que se indica que son muchas y de diversa índole las prescripciones, segun lo viene á demostrar la misma ley que discutimos. Muy en breve, cuando descendamos al estudio de la legislacion patria, haremos ligera indicacion de esa multitud de prescripciones. Por ahora basta sólo indicar, que el que utilice ese recurso, tiene que decir de un modo claro cuál es la prescripcion á que se acoja.

14. Por último, se requiere tambien que la cosa prescriptible no sea viciosa. Esta final circunstancia ha dado motivo en todos los tiempos, para que luzcan su ingenio los juristas al explicar qué es lo que se entiende por cosa viciosa. Unos suponen que el defecto ha de estar en la cosa que se va á prescribir, como v. gr., que haya sido robada ó hurtada, lo cual entónces no podria aplicarse más que á las cosas muebles. Otros con más fundamento sostienen, que al hablar de vicio, el legislador ha comprendido tambien todas aquellas cosas que realmente son imprescriptibles, y en cuya enumeracion y descripcion se ofrecen nuevas y mayores dificultades. Ya veremos, descendiendo al terreno práctico, como han tenido necesidad los tribunales de fijar jurisprudencia. La regla y pauta de ese requisito de que la cosa no sea viciosa, consiste principalmente, en que pueda caber la prescripcion, porque inútiles serian todos los demas requisitos, si existian algunas cosas que fueran impenetrables al ejercicio de su derecho.

15. Sentadas estas premisas, no nos es permitido más que pasar rápidamente la vista por la legislacion romana. La ley de las Doce Tablas ya creó ese derecho, segun nos lo demuestra tambien la ley 4.ª ff. 6, et l. 33. hoc. tít. l. 215 de verb. sign. Llenaríamos extensas páginas si hubiéramos de recorrer y entresacar de los códigos las muchísimas leyes que publicaron el pueblo romano y los emperadores sobre prescripcion. Para que sirvan de guia á los estudiosos, les citaremos algunas. Pueden ver la ley 15.ª, *ff de rejudicata*, las 1.ª y 3.ª, *C. de prescriptio-*

nib. triginta vel quadraginta annor. la primera *C. si advers. creditorum*, la sétima *C. de prescriptionibus triginta annorum*, el párrafo 20, libro IV, título 6.°, *institutionum*, y otras ciento y mil que podrian entresacarse de esa vasta y minuciosa legislacion romana. Suspendemos las citas, porque algo más oportuno es que el jurista español sepa qué es lo que dispusieron nuestros códices sobre este interesante tratado del derecho.

16. El más lejano vestigio es el que se encuentra en el Fuero Juzgo, que dedica el título 2.°, libro X, para hablar de la prescripcion. Sólo comprende siete leyes, y como muestra copiaremos una, que es la más interesante. Dice así: «Antigua. Cindamindo Rey.—Que todas las cosas que no son demandadas fasta treinta annos, da siadelantre non seyan demandadas. Todos los pleytos buenos é malos, si fuesen dalgun pecado, si non fueren demandados ó terminados fasta treinta annos, ó los pleytos de los siervos que son demandados de sus sennores, si non fueren acabados fasta treinta annos, dallí adelantre non sean demandados. E si algun omne despues de treinta annos quisiere demandar alguna cosa, este tiempo le tuelle, que non pueda demandar, é demos peche una libra doro á quien el Rey mandare.»

17. El Fuero Viejo de Castilla tambien se ocupa de prescripcion en el título 4.° del libro IV, que lleva por epígrafe: «De como se puede ganar, ó perder el señorío de las cosas por tiempo.» Nueve leyes comprende, y en ellas se especifica perfectamente, qué valor tiene la *posesion de un año y un dia*, para qué cosas se exige la prescripcion de *treinta años y tres dias* y cuándo basta la tenencia de *diez años arriba* de que habla la ley 4.ª de dicho título y que no copiamos por no hacer interminable este libro.

18. Aunque algun autor sotiene, que en las leyes del Estilo hay ligeras indicaciones sobre prescripcion, nosotros hemos leido más de una vez ese verdadero reglamento de enjuiciar y no hemos encontrado nada que pueda aludir á dicho modo de adquirir. No sucede lo propio con el Fuero Real. El título 11.° del libro 2.°, comprende diez leyes, en que se empieza amparando á la posesion de un año y un dia, y concluye protegiendo al que fuere desterrado y contra el cual no corre ningun género de prescripcion.

19. El Ordenamiento de Alcalá habla de las prescripciones en dos leyes, ocupándose en la primera de que son necesarios el título y la buena fé en la prescripcion de año y dia, y hablan-

do en la segunda del tiempo que duran las demandas personales.

20. Por más partidarios que seamos del verdadero derecho español en el sentido extricto de la frase, no comprendiendo en el gran código de las Partidas, porque á éste se trasladó en realidad una gran parte de la legislacion romana, es preciso reconocer, poniendo, por ejemplo, la materia que ahora discutimos, que esas leyes que se acaban de entresacar de los más antiguos códigos, no habian de servir de gran cosa á los jueces y juristas para resolver las complicadas cuestiones que diariamente se ofrecen sobre prescripcion. Verdad es, que cuando en un país la espada es la que rige los destinos, y la ordinaria ocupacion de los ciudadanos es guerrear, las formalidades del derecho y las garantías que sirven para defender la propiedad valen poca cosa áun en los tiempos modernos. Ménos aprecio se les daba en los cuatro primeros siglos de la reconquista. Pero vinieron las Partidas, y aunque contra el derecho romano haya las prevenciones que se quiera, lo cierto es que en ese gran código está el título 29.º de la 3.ª Partida, que comprende nada ménos que 29 leyes, siguiendo despues el título 30.º que en 17 leyes trata del modo de ganar la posesion y tenencia de las cosas.

21. Sospechamos que más de una vez nos dejamos llevar de la exageracion. Más bien que comentar esas 48 leyes, nos permitimos decir que en su texto encontrará el juzgador fundamentos bastantes para resolver cuantos casos le ocurran; y que si se tratara de hacer un nuevo código civil, sus redactores tendrian que acudir á códigos extraños, porque en esos dos títulos, 29.º y 30.º, hay abundantísima doctrina, y muy rica por cierto, para fijar los derechos desde la prescripcion de un año y un dia, relativa á la posesion, hasta la centenaria en que se ha querido favorecer á una clase.

22. El sabio rey, despues de hablar de los modos de adquirir el dominio, quiso fijar cómo se pierde este mismo dominio para que las cosas no queden en incierto y tengan verdadero dueño. La ley 1.ª de dicho tít. 29.º y la 3.ª, dicen: «Porque razones se movieron los Sabios antiguos, á establescer que los omes perdiessen las sus cossas por tiempo.» La ley 2.ª le quita la facultad de prescribir al loco y al desmemoriado; pero se la concede al menor, porque dice que tiene entendimiento para ello. Niega ese mismo derecho al siervo en la ley 3.ª, y entra en la 4.ª á calificar qué son las cosas muebles, todas ellas prescriptibles, y sus frutos, á no ser que fueren furtadas, ó forzadas ó robadas.

Sin embargo, en la ley 5.ª concede el fruto de estas mismas cosas al que le obtuviere con buena fé, v. gr., si uno comprare una cosa creyendo que el vendedor era su dueño y esta cosa diera fruto. Justo es que lo hiciere suyo el que la ley califica de poseedor de buena fé.

23. Forzosamente se habian de ocupar las leyes de Partida de las cosas que eran imprescriptibles. La ley 6.ª del título que vamos examinando coloca en primer lugar las cosas sagradas ó santas ó religiosas. Menciona luégo la libertad del hombre, que ciertamente debe estar al lado del señorío para facer justicia, y tampoco se puede prescribir, y lo propio dice de los tributos ó pechos ó rentas. Sin embargo, este axioma en teoría está sujeto á una excepcion que rechazan los buenos principios, y es que el rey ó señor del lugar pueden ceder la jurisdiccion, y lo que es peor, los tributos. Ya veremos qué abusos se han cometido sobre esto, y con cuánto fundamento los publicistas modernos niegan esas facultades y consideran imprescriptible todo lo referente á los derechos individuales del hombre, y más aún los que son atributo de la soberanía de la nacion.

24. En sitios más subalternos coloca el legislador las cosas del comun de vecinos y las de los menores. Dice la ley 7.ª en su epígrafe: «Como las plazas ni los caminos, ni las defesas, nin los exidos, nin los otros lugares semejantes, que son del comun del Pueblo, non se pierden por tiempo, é de las otras cosas.» Y en el de la ley 8.ª se lee: «Como los menores de veynte é cinco años, é los fijos que estan en poder de sus padres, é las mugeres casadas, non pierden sus cosas por tiempo.» Todo esto tiene grandes limitaciones y reservas, porque, como demostraremos en adelante, todo lo que es referente al dominio de las cosas es prescriptible.

25. Descendiendo á los casos prácticos, fija la ley 11.ª que el que prescribiese la cosa mueble necesita justo título y buena fé para prescribir en tres años la cosa que adquirió. En apoyo de esa misma doctrina explican las leyes, desde la 11.ª hasta la 15.ª inclusive, cómo deben entenderse los títulos para adquirir y qué caractéres y circunstancias ha de tener la buena fé, explicando despues las leyes 16.ª y 17.ª cómo se debe ayuntar el tiempo de dos poseedores y si es susceptible ó no de prescripcion la cosa dada á peños.

26. El gran axioma de la prescripcion fijando el verdadero tiempo de ella, se encuentra en la ley 18.ª, teniendo el que prescribe los requisitos de que hablamos al principio de este capí-

tulo. Pueden prescribirse las cosas inmuebles en el plazo de diez años, estando presente en la tierra el dueño de la cosa, necesitando doble espacio, ó sean veinte años, cuando se hallare ausente ese mismo dueño. Y no se limita este cánon con decir, que se necesitan treinta años segun la ley 19.ª, para que se pueda prescribir la cosa, cuando el que la enajena sabia no tenía derecho para hacerlo. Esto sería lo mismo que borrar la prescripcion ordinaria de los diez años, porque claro es, que en todo ejemplar de prescripcion ha de existir un detentador ó poseedor de mala fé, que no podrá ciertamente utilizar en favor propio ese derecho; pero que su malicia no puede perjudicar al siguiente poseedor que está escudado con su buena fé y con el justo título. Así es, que la ley 20.ª, al ocuparse de cómo se ha de contar el tiempo para prescribir, estando presente un período el dueño y ausente otro, dice que se repartirá ese mismo tiempo, segun sea la ausencia ó la presencia; v. gr., se encontraba en el lugar durante cinco años el dueño de la cosa y luégo se ausentó. Entónces el que la prescribe, necesita otros diez años más. Y lo propio acontecerá en casos análogos haciendo la computacion correspondiente.

27. Una prueba acabada, de que nuestra interpretacion de las leyes anteriores, es la natural y sencilla sobre la prescripcion ordinaria de á los diez años entre presentes y veinte entre ausentes, se adquiere el derecho sobre la cosa poseida es, que en la ley 21.ª ya se fija otro período, cual es la que los prácticos llaman prescripcion *longi temporis*, y para lo cual no se necesita buena fé, ni tampoco se repara en que la cosa sea viciosa. Copiemos el primer período de la ley, que es expresivo: «Treynta años continuadamente, ó dende arriba, seyendo algun ome tenedor de alguna cosa, por qual manera quier que oviesse la tenencia, que non le moviessen pleyto sobre ella en todo este tiempo, ganarla y á maguer fuesse la cosa furtada, ó forçada, ó robada; e maguer que el señor della gela quisiesse demandar, dende adelante non seria tenudo de responderle sobre ella, amparandose por este tiempo.»

28. Y en armonía con la anterior ley, siendo lógico el legislador, dijo en la siguiente: que el hombre que no reclamara sus créditos en el término de treinta años, los deudores quedaran exentos del pago; pero no podia concederse derecho tan precioso, para que el arrendatario prescribiera las cosas que se le habian arrendado, porque nunca habia tenido el carácter de dueño.

29. Autorizada por las leyes la esclavitud, algo habian de

decir los autores de las Partidas sobre el modo de adquirir la libertad. En la ley 23.ª se dice, que será libre á los diez años, si gozara de este concepto estando su señor en la tierra ó veinte estando en otra parte.

30. Más digna de alabanza es aún la ley 24.ª, en que declara imprescriptible la libertad del ciudadano que nunca fué siervo. ¿No hubiera sido más heróico que el sabio rey hubiese suprimido esa institucion que degrada á la humanidad? Nosotros, que negamos la igualdad de condiciones del hombre, porque no la queremos más que ante la ley, detestamos todo aquello que pueda deprimir y rebajar su dignidad é independencia. Si nació en hogar humilde, si Dios no le dotó de grandes facultades intelectuales y en muchas ocasiones ni áun de fuerzas físicas, el legislador no es el causante de su desgracia; pero debe protegerle hasta donde alcance el precepto religioso y le dicte la razon.

31. No podemos hacer la misma apología de la ley 25.ª del mismo título y Partida, que si bien fija un término más corto, el de cinco años, para que los hijos del siervo adquieran la libertad por prescripcion, lo mejor hubiera sido, que para aquellos séres desgraciados se concediera lo que luégo se concedió á todos los ciudadanos de la península y en todos los países civilizados de Europa, porque hasta en la misma Rusia ha desaparecido ya la verdadera esclavitud.

32. Cualquiera creeria, al leer estos renglones, que somos adictos y apasionados de esas sociedades llamadas filantrópicas, compuestas todas ellas de grandes sabios, y admitiendo hasta damas de la primera jerarquía, y cuyo principal objeto, segun ellas, es hacer desaparecer la esclavitud en todos los países. En más de una ocasion, y despues de haber oido ó un apasionado discurso ó leido alguna extensa memoria de alguno de esos trapenses mundanos, nos ha ocurrido preguntar é investigar cómo trataba á sus criados y dependientes el que blasfemaba contra los gobiernos de España porque de una plumada no concluian con la esclavitud en Cuba y Puerto-Rico. Generalmente se me ha contestado que esos caballeros, que no piensan en civilizar el Africa ni ménos pedir al gobierno inglés que dulcifique las severas leyes que tienen en verdadera esclavitud á 200 millones de asiáticos, tratan mal, muy mal á los infelices que reciben el sustento de su mano. Los que pensamos de distinto modo, los que creemos que los vicios sociales, que cuentan siglos de existencia y han creado grandes intereses, no se pueden

corregir ni en un dia ni lastimando esos mismos intereses legítimamente adquiridos, nos parece que el legislador debe ser más cauto para no perjudicar á esas mismas personas desgraciadas, cuyo infortunio suele ser mayor cuando se les emancipa, como lo está demostrando el hecho reciente de los Estados-Unidos, en que se ha dado el título de ciudadanos á millon y medio ó dos millones de esclavos.

33. Muchas digresiones nos hemos permitido, pero ninguna como la presente. Cierto es que las leyes de Partida que vamos examinando tratan de servidumbre y de los modos de adquirir la libertad, si es posible perderla, por prescripcion; y al exponer nuestras ideas severas sobre esta materia, no podíamos ménos de decir algo sobre las teorías de los que, echándola de filántropos, intentan reformar el mundo aunque sea á costa de las mismas personas á quienes se quiere favorecer. Si lo dicho hasta aquí en los anteriores párrafos es estemporáneo, tenga paciencia el lector, que ya volvemos al buen camino discutiendo lo que dice la ley 26.ª del mismo tít. 29.º, Partida 3.ª

34. Se recordará que, al hablar de las cosas sagradas, santas ó religiosas, de que se ocupa la ley 6.ª, dijimos que éstas no se podian prescribir por ningun tiempo; pero no se ocultó al sabio rey que, bajo esos conceptos, se podrian eximir de la prescripcion todas las cosas raíces y muebles que pertenecieran á iglesias, monasterios ú otros lugares religiosos. Pues bien; esa ley 26.ª admite la prescripcion de las cosas raíces que correspondan á esos institutos ó lugares santos siempre que trascurran *cuarenta años*. Para la prescripcion de las cosas muebles basta el término de tres años. De esta regla general no hay más que una excepcion en favor de las cosas pertenecientes á la Iglesia de Roma.

35. Nos dispensamos hablar de las leyes 27.ª, 28.ª, 29.ª y 30.ª, que tratan de casos particulares no comunes para decir muy pocas palabras tambien de las 18 leyes del siguiente tít. 30.º, que trata de cuantas maneras puede ome ganar possession e tenencia de las cosas. Allí se explayan los redactores de ese código explicando los sutiles conceptos sobre la posesion corpórea ó incorpórea, ó sea natural y civil; cuándo ganamos para nosotros mismos ó para otros la posesion de estas mismas cosas; si es necesario que concurran la voluntad y el acto de tomar esa misma posesion; si puede adquirirse por medio de carta ó título, interviniendo tercera persona, sea ó no procurador; y cuándo, en fin, esa misma tenencia empieza á crear un verdadero

derecho en favor del tenutario, que podrá convertirse luégo en dueño de la misma cosa cuando vengan en su ayuda las circunstancias de que hemos hablado extensamente en todo el comentario de esta ley y hacen referencia á esos dos actos de la misma familia, que no se pueden separar, porque tal es la naturaleza, tanto de la posesion como de la prescripcion.

36. Y no estaré de más decir, para concluir esta reseña general, que en el tít. 8.º, lib. XI de la Novísima Recopilacion, se encuentran nueve leyes, unas anteriores y otras posteriores á las Partidas, y las cuales fijan diversas reglas para apreciar ó no apreciar ese derecho, ocupando un lugar privilegiado la ley 63.ª de Toro, que ya es tiempo que analicemos y comentemos.

37. No sólo el imperito, sino hasta el muy conocedor del derecho civil puede preguntar qué es la facultad de *ejecutar*. Podrá figurarse que esto es un medio de hacer efectivo el crédito que se tiene con una obligacion personal; pero ¿cómo se lleva esto á puro y debido efecto? En suma, ¿qué género de procedimientos se utiliza para conseguir este objeto? Y hénos aquí metidos en el gran laberinto de nuestro procedimiento ejecutivo, que no se conoció en la legislacion romana en los términos que se viene practicando hace siglos en los tribunales de España, que ha sufrido mil modificaciones diversas y que hoy tiene, en la ley de enjuiciamiento civil, un sitio muy privilegiado y artículos importantísimos, que han mejorado mucho la rápida sustanciacion de las demandas de esta especie, aunque todavía deje mucho que desear esa misma ley, ya porque en unos casos se haya interpretado mal, ya porque el juicio ejecutivo es la gran garantía de la mayor parte de los contratos que se celebran. Nosotros no haremos más que recomendar, á los que tienen hambre de saber, los extensísimos capítulos que todos los prácticos han escrito, ya sobre acreedores, ya sobre la marcha y sustanciacion del juicio ejecutivo. Nosotros sólo recomendaremos la lectura del Febrero en todas las ediciones que han hecho los glosadores de la misma obra. Pero si en ese libro no se encuentra el caso que se consulte, entónces no hay más que abrir un viejo libro que se llama *Laberyntus creditorum*. Un jurisconsulto distinguido, llamado Salgado, escribió esa obra, que prueba que los juristas de otras épocas tenian más paciencia, más ciencia y más dinero que los abogados de este siglo. Allí se encuentra mejor explicacion que la que nosotros podemos dar á lo que se entiende por derecho de ejecutar por obligacion personal. Está reducido á que una persona se ha obliga-

do á dar ó entregar á otra persona una cosa por medio de escritura pública ó por otro contrato que traiga lo que los prácticos llaman, y hoy la ley de enjuiciamiento dice, *traer aparejada ejecucion*. Con este documento y con este título hay derecho de ejecutar, segun la ley de Toro, al que se obligó personalmente á cumplir ese contrato. Pues bien; si pasado el plazo el acreedor no ejercita esa accion personal y ese derecho de ejecutar en el término de diez años, pierde la accion ejecutiva. Todavía le quedaria al acreedor la accion ordinaria para reclamar su crédito. Mas si ya en el juicio ejecutivo ó en el juicio ordinario se habia pronunciado sentencia, se habia consentido y no se habia pedido su cumplimiento, dejando trascurrir veinte años, quedaba quito el deudor. Si la accion fuera hipotecaria, ó real y personal á la vez, entónces se prescribia en treinta años.

38. Parece esto muy claro y sencillo, porque las frases de la ley son expresivas y los casos terminantes. Á pesar de todo, en la práctica han ocurrido y ocurren casos que dan lugar á confusion. Prescindiremos de si la ejecucion y todos sus trámites descansan en el noble ejercicio del juez, como decian los romanos al tratar de la cosa juzgada, y si las actuaciones posteriores, á lo que nosotros llamamos sentencia de remate, son de la misma especie que las que se practican hasta llegar á ese estado del juicio, que tanto en la práctica antigua como en la moderna se le ha dado otro título, que es *el de la via de apremio*, lo cierto será siempre que la excepcion de prescripcion, áun pasados los plazos que la misma ley 63.ª de Toro fija, en pocos, en rarísimos casos podrá estimarse. Como uno de los mayores comprobantes, citaremos lo que ocurria en la práctica antigua y que no se ha corregido enteramente en la moderna. Se entablaba un pleito, y los litigantes, ó por tácito consentimiento ó por desconfianza ó abandono del demandante, quedaban paralizados los autos por veinte, treinta y cuarenta años. ¿Corria la prescripcion en ese período? De ninguna manera, y muy sencillamente el mismo demandante ó sus herederos acudian al mismo juzgado ó tribunal pidiendo se declarara *por retardado* el negocio y que siguiera su tramitacion. Y esto se ejecutaba en toda clase de juicios, no sólo sobre vinculaciones, sino sobre cualquiera otra accion reivindicatoria ó personal.

39. Hay una clase de deudas, la más comun, y es en la que suelen ocurrir mayores conflictos. Nos referimos á las deudas por salarios y á todas las demas que designa y marca la ley que promulgaron D. Cárlos y doña Juana en Madrid en 1528, que

es la ley 10.ª, título 11.°, libro X de la Novísima Recopilacion, y en la que se dispone: que ninguno tenga derecho á reclamar, despues de pasados *tres años*, lo que creyeran se les debia por este concepto. En el primer momento ocurre preguntar: hecha esta reclamacion ante un juez y contestada ó no contestada por el supuesto deudor, ¿puede el acreedor despùes de los tres años agitar el mismo pleito y molestar al que ya habia dado satisfaccion cumplida de no ser cierto el crédito ó estar satisfecho? No basta sostener que el ejercicio de toda accion en los tribunales interrumpe todo género de prescripciones, porque si luégo el mismo actor se desentiende perfectamente de esos mismos procedimientos, sea la causa la que quiera, este es un indicio mayor en favor de la persona contra quien se reclama la deuda.

40. Partidarios nosotros de la caducidad de acciones y derechos, trascurridos que sean ciertos términos, porque todo acaba y finaliza en el mundo, hemos sostenido que esa excepcion de prescripcion de tres años no se interrumpe porque de período en período se practique alguna diligencia judicial. Como luégo veremos más adelante, el Supremo Tribunal ha estimado en mucho siempre el lapso del tiempo, que es para nosotros la base fundamental de la teoría de la prescripcion. Así es, que no necesitamos descender á los casos peculiares de que se ocupan Covarrubias, Larrea y Acevedo sobre cuándo empiezan á correr los diez años, para prescribir el derecho ejecutivo en los papeles simples reconocidos y en las deudas tambien simples de joyeros, criados, dependientes, comerciantes, etc., de que habla la última ley recopilada que hemos examinado. Conviniendo en un principio capital, luégo es fácil la decision en los infinitos casos que pueden ocurrir en la práctica y en que necesariamente han de jugar gran papel las circunstancias del acreedor y del deudor sobre si hubo ó no hubo interrupcion de esa misma prescripcion ántes de trascurrir todo el plazo de la ley.

41. En esta materia la legislacion mercantil de todos los países ha hecho grandes adelantos, porque en realidad no ha establecido otro requisito para la prescripcion que el tiempo transcurrido. Una letra, un pagaré, ó cualquier documento que á esto se pareciere, queda desde luégo perjudicado si no se utiliza dentro de un período más ó ménos corto la accion que se desprende del mismo documento. No en todos los países de Europa son iguales los términos; pero sí en todos ellos se establece la misma teoría, porque el silencio del acreedor ó su desidia son armas que se vuelven contra él, presumiéndose racional-

mente, ó que no existió en rigor la deuda, ó que ésta se pagó ó transigió. Y si en las transacciones comunes de la vida hay necesidad de aplicar esta regla general del cambio, más sólido fundamento existe para dar gran importancia al trascurso del tiempo, cuando se trata de la prescripcion de diez, veinte y treinta años, que son de los casos que se ocupa la ley 63.ª de Toro.

42. Así es, que hemos temblado siempre cuando se nos ha consultado algo *respecto de papeles privados*, cuyas deudas habian desparecido, porque habia satisfecho ó compensado su importe el que habia extendido el recibo; pero que no se habia cuidado inutilizarlo teniendo por bastante un contrarecibo que luégo se pierde, ó se roba, ó se destruye imprudentemente. En casos tales, el tenedor de mala fé de un papel de esta especie utiliza una accion, que no podria ejercitar si se hubiere roto y cancelado el documento sin necesidad de acudir á la prescripcion de ese larguísimo período de diez, veinte y treinta años, en cuyos largos términos pueden pedirse reconocimientos de las firmas de esos papeles privados y cuyas confesiones ó negativas han formado las delicias de los tratadistas, peleándose Olea con Acevedo y viniendo el Sr. Sancho de Llamas á explicar qué acontece cuando el reconocimiento se hace ántes de los diez años y cuándo todo ese trascurso de tiempo no le bastará al deudor para matar la deuda. Más de una vez hemos dicho, que nos admira el profundo estudio que han hecho estos autores, para explicar tanto casito, dando en cierto modo tortura á leyes tan claras como la que ahora nos ocupa. Cuando en los tribunales ocurren ejemplares de esa especie ó parecidos, es forzoso dejar que el criterio de los jueces dé la importancia que en sí tenga cada una de las circunstancias del suceso que motiva el pleito. Abandonar este camino, es meterse en un laberinto de difícil salida, siendo inútiles hasta las leyes más sábias y más claramente redactadas, cuando se acude á este medio de interpretacion y explanacion del precepto legislativo. En vez, pues, de engolfarnos nosotros en narrar cuanto han dicho Antonio Gomez, Larrea, Acevedo, etc., etc., aplicando unas veces el derecho romano y recurriendo otras á los antiguos códigos, sobre esas ejecutorias prescriptibles, sobre esos derechos ejecutivos procedentes de escrituras ó confesiones de parte hechas ante la autoridad judicial, vamos á recurrir á una fuente más pura que contiene doctrina digna del mayor elogio en materia de prescripcion. El Supremo Tribunal ha sentenciado muchos pleitos; ya admitien-

do, ya desechando la prescripcion y el estudio de esos fallos, le producirán más ópimos frutos al abogado y al curial que la confrontacion de citas de Parlodorio, Palacios Rubios, Avendaño y Rodrigo Suarez, etc., etc.

43. Desde el momento que se admitió la doctrina de fundar las sentencias y que las del Supremo Tribunal formaran jurisprudencia, á medida que ha ido pasando el tiempo, el número de fallos ha dado materia para esclarecer la legislacion en muchos puntos dudosos, lo cual es de gran utilidad pública. Sin embargo, tambien ese cúmulo de doctrina sirve para que sutiles abogados encuentren texto en esas mismas sentencias para figurar gratuitas infracciones. Más de un recurso se ha despachado en este estudio, con especialidad si procedia de Cataluña ó Galicia, en que se suponia que las audiencias de la Coruña ó Barcelona habian desconocido 10, 12 y 14 sentencias del Supremo Tribunal. Estos inconvenientes no se evitarán nunca, aunque las leyes fueran las más sábias y claras que puedan promulgarse. Esos malos intérpretes, ó los que de ellos se fien, recibirán su merecido. No para ellos, sino para los abogados inteligentes que buscan la verdad, nos vamos á permitir extractar las más sencillas teorías y las más categóricas decisiones del Supremo Tribunal.

44. Se halla en primer término la idea fundamental sobre la prescripcion y la gran utilidad que en este modo de adquirir, y á la vez perder el dominio, han reconocido todos los legisladores, favoreciendo la actividad y diligencia del que utiliza la posesion y beneficia la tierra y castigando la negligencia, descuido y abandono, del que no piensa en defender siquiera el derecho de conservar lo que adquirió por sí ó de sus antepasados. Principios saludables que son axiomáticos en las sentencias de 17 de Noviembre y 12 de Diciembre de 1865, y aún se han expuesto con más claridad en la de 30 de Diciembre de 1867.

45. A pesar de haber examinado con extension en algun otro paraje las dudas suscitadas sobre si es ó no lícito renunciar á las leyes que nos favorecen y hemos defendido, apoyados tambien en sentencias del Supremo Tribunal, que las leyes prohibitivas *no se pueden renunciar*, aquí es indispensable, no sólo reproducir esa misma teoría, sino añadir que ménos puede hacerse esa renuncia cuando la ley establece un precepto de utilidad pública, como es el de la prescripcion. Hemos visto más de una escritura en que se consignaban esas renuncias de no poderse jamas prescribir la cosa que habia sido objeto del con-

trato. El notario que de aquí en adelante se permita consignar condiciones de esta especie en los instrumentos que ante él se otorguen, no sólo desconocerá los buenos principios de la prescripcion, sino que infringirá las sublimes doctrinas del Supremo Tribunal consignadas en las sentencias de 12 de Diciembre de 1865 y 30 de Diciembre de 1867.

46. Marchando siempre el primer tribunal de España sobre el terreno firme, naturalmente se ha de haber ocupado de que en toda prescripcion, para que produzca efecto, es necesario que concurran la buena fé, el justo título, la posesion continuada, el tiempo necesario para cada una de las prescripciones y que la cosa sea susceptible para que se adquiera por esa misma prescripcion. Admitiendo y desechando á su vez en cada caso particular la prescripcion, pronunció el Tribunal Supremo bastantes fallos, ocupándose de todos y cada uno de esos requisitos; y como muestra citaremos las sentencias de 13 y 30 de Junio de 1864, 12 de Diciembre de 1865, 27 de Junio de 1867 y 9 y 26 de Junio de 1868.

47. Sabido es que todos esos términos y plazos no trascurren en sentido legal cuando se trata de prescribir cosas pertenecientes á personas incapaces y que merecen la proteccion del legislador. Entre todas ellas se hallan, en primer término, los dedicados al servicio público, sean ó no militares, como así se consignó en sentencia de 8 de Abril de 1865. Siguen despues los menores, pero que tienen necesidad de pedir la restitucion del tiempo de su minoría. Los dos fallos que hablan extensamente sobre esto son de 1.° de Mayo de 1861 y 9 del mismo de 1867.

48. Al que medite mucho sobre esas excepciones y privilegios, le ha de ocurrir naturalmente la siguiente pregunta: ¿Qué sucederá cuando la prescripcion hubiese empezado ántes que el menor naciera ó que hubiese adquirido la cosa prescriptible? Más de un jurista se encontrará perplejo para contestar, porque se pueden dar razones poderosas en pro y en contra. Por un lado la buena fé del poseedor, y por otro los inconcusos derechos del débil, podrán inclinar la balanza. Pero atendiendo á las leyes de Partida que ya hemos citado, y con particularidad á la 9.ª, tít. 19.°, Partida 6.ª, que es la que cita el Supremo Tribunal en su sentencia de 25 de Noviembre de 1864, ya no puede favorecerse al menor si la prescripcion tuvo orígen ántes que él poseyera.

49. Excusado es decir, que en las legislaciones especiales de Navarra, Aragon y Cataluña, tambien se admite la prescripcion

y se aplican esos principios generales, que en alguna sentencia así lo ha consignado el Tribunal Supremo. Puede verse la de 30 de Diciembre de 1867 referente á un pleito de Cataluña, y en la cual se cita por el mismo tribunal el título 2.°, volúmen 1.° de las constituciones del Principado.

50. Y descendiendo á casos más concretos y desenvolviendo toda la doctrina del título 29.° de la Partida 3.ª, son dignas de estudio las sentencias de 17 y 25 de Junio, 6 y 18 de Setiembre de 1862; 21 de Marzo de 1863; 11 de Marzo, 7, 8, 14 y 29 de Octubre de 1864; 9 de Marzo de 1865; 19 y 24 de Enero, 6 de Abril y 27 de Junio de 1866; 25 de Enero de 1867 y 19 de Marzo, 3 de Abril y 6 de Noviembre de 1868. Todas estas decisiones componen un cuerpo de doctrina con el que el jurista podrá dar consejo acertado en los casos que se le consulten en tan vasta y variada materia. Si todavía dudare, puede ver las sentencias de 3 y 13 de Junio, 7 y 8 de Octubre de 1864 y 27 de Junio de 1867.

51. Qué se entiende en el derecho por justo título para prescribir, lo explican hasta las cartillas de la jurisprudencia. El Tribunal Supremo no desciende de su altura al definirle en sus sentencias de 21 de Diciembre de 1861, 5 de Marzo de 1866 y 9 de Mayo de 1869. Y si el lector no quedase satisfecho, puede registrar las sentencias de 26 de Abril de 1853, 30 de Junio de 1863, 21 de Junio de 1864, 19 de Octubre de 1865 y 5 de Mayo y 15 de Octubre de 1866.

52. En cuanto á la buena fé, tambien ha establecido sus reglas el mismo Supremo Tribunal en sus sentencias de 15 de Junio y 29 de Octubre de 1864, 12 de Abril de 1866, dándose todavía mayores detalles en los fallos de 20 de Noviembre de 1860, 14 de Octubre de 1864, 21 de Abril de 1865 y 27 de Marzo de 1868.

53. Permítasenos acabar este punto de la prescripcion ordinaria, copiando un párrafo interesante del Sr. Ortiz de Zúñiga al hablar del justo título y de la buena fé y el carácter que ha dado á estos dos requisitos el Supremo Tribunal. Dice así: «Estas circunstancias tan indispensables del justo título y la buena fé, vienen á resolverse comunmente en cuestion de hecho, y se someten por lo tanto al resultado de la prueba y á la apreciacion que de ella haga la Sala juzgadora (S. 13 Mayo 1863, 18 Marzo 1865, 19 Enero 1866, 3 Abril 1867 y 19 Marzo 1868). Así, cuando estima ésta que concurren todos los requisitos para la prescripcion ordinaria, no se infringe la ley 19.ª del título y Par-

tida citados (S. 24 Noviembre 1866); y cuando la misma Sala estima que la posesion ha sido contínua, no puede aplicarse la ley 65.ª de Toro, ó sea 6.ª, título 8.º, libro XI Novísima Recopilacion, relativa á la interrupcion de la posesion que interrumpe la propiedad (S. 19 Enero 1865). Pero cuando á juicio de la misma Sala, falta al poseedor de una cosa raíz el justo título y la buena fé para adquirirla, no la puede prescribir su heredero por el tiempo ordinario de diez y veinte años, sino por treinta; aunque no le obsta ni perjudica la mala fé de su causante, para hacer suyos los frutos de la cosa heredada (S. 21 Setiembre 1860). Tampoco procede la prescripcion ordinaria, cuando falta alguno de los tres requisitos expresados, de justo título, buena fé, y el tiempo necesario de posesion no interrumpida (S. 9 Mayo y 13 Junio 1863, 30 Junio 1864, 30 Junio y 18 Noviembre 1865, y 9 Junio 1868), y entónces no puede adquirir el dominio por medio de dicha prescripcion. (S. 18 Noviembre 1865).»

54. A la prescripcion ordinaria sigue la extraordinaria, ó sea la de treinta años, y luégo la inmemorial, que pone coto á todas las argucias de los que aspiran á que haya cosas eternas, lo cual no es atributo más que del Omnipotente. Empecemos á hablar de la prescripcion extraordinaria, ó sea de la de treinta años. Si el poseedor necesita un triple tiempo para adquirir la cosa por este medio, naturalmente la ley no ha de ser tan escrupulosa de las condiciones que se han de exigir á ese mismo poseedor. La ley 21.ª del tít. 29.º de la Partida 3.ª, de que antes hemos hablado, favorece hasta al detentador *por cualquier manera que oviese la tenencia*. Y no contento el legislador con esta frase genérica, añade despues: *magüer fuese la cosa furtada ó forzada ó robada*. Luego el ladron, el hurtador ó forzador puede prescribir. Nuestros principios rechazan esa consecuencia, porque jamas se pueden canonizar los delitos ni siquiera disculparlos. Demasiado conceder es que el lapso de un gran período pueda mitigar y hasta áun borrar la pena, pero nunca crear derechos á favor del dañador. ¿Es un tercero el que la posee ó detenta, aunque sepa su mal orígen? Pues á favor de éste se extendió el precepto de esa ley. Las cosas inmuebles no se roban ni hurtan ni se fuerzan generalmente. Lo que comunmente sucede es que el dueño de una tierra la abandona y la deja sin cultivo, ó que permite que el vecino se intruse en ella y la beneficie y explote con su sudor y con sus recursos. El orígen es ciertamente malo, pero mirando las cosas desde cierta altura, el legislador no puede ménos de tener en cuenta que, á

fuerza de actos repetidos, se purga el vicio, y hasta el mismo usurpador, á los treinta años de esa posesion ó tenencia continuada, entra en otra categoría y se le considera de distinto modo que cuando ejecutó los primeros actos de esa detentacion.

55. No olvidemos cómo esto se realiza. Por lo comun, esas detentaciones las ejecutan los dueños de los predios colindantes que hoy roturan 2, 20 ó 100 fanegas ó cosa equivalente, y despues siguen en la misma marcha sin que nadie les diga nada ni les ponga obstáculos, y sí, por el contrario, se les repute como tales dueños, imponiéndoles derramas y contribuciones á vista, ciencia y paciencia del dueño, administrador ó encargado que podia evitar semejantes intrusiones. A decir verdad, no acontece esto sino cuando se trata de grandes posesiones del comun ó de bienes nacionales que pertenecieron ántes á iglesias, monasterios ú otras manos muertas, ó á ricos vinculistas que poseian, bajo una linde, 10, 15, 20.000 fanegas de tierra. Al simple propietario de una pequeña heredad nadie le usurpa ni piensa prescribirle su cosa, porque el que lo intente no hace más que perder el tiempo.

56. Estamos bajo la impresion de la mala fé del que prescribe, porque á éste, segun algunos, no le bastan los treinta años, porque lo que en el principio es vicioso no convalece con el tiempo, y existe alguna sentencia del Tribunal Supremo en que se aplican estos mismos principios, cual es la pronunciada en 16 de Octubre de 1858. De este fallo nos ocupariamos muy detenidamente si hoy existiera el mayorazgo. El vínculo, segun las teorías que regian en esta materia, era imprescriptible; y en efecto, aunque estuviera radicado en una familia por uno ó dos ó más siglos, podia reivindicarlo aquella otra familia que tuviera llamamiento expreso. Fundábase esa teoría en que los poseedores no eran más que usufructuarios, y en cada vacante habia llamamiento para el inmediato sucesor, y éste no era sino el que tenía preferente derecho por la misma fundacion.

57. Y sin embargo, uno de los modos de probarse la existencia del mayorazgo era *por el uso*, y en cuanto á la calidad de los bienes para calificarlos como amayorazgados, era todavía más aplicable esa teoría. Entre las miles de fundaciones que hemos revisado en tantos años de ejercicio en la abogacía, son rarísimas las fundaciones en que se describen los bienes correspondientes al vínculo. Se habla de extensos territorios, de fincas sitas en el pueblo *A* ó el pueblo *B*, pero no se hace mérito ni de sus cabidas ni de sus linderos. Hoy se ha remediado mu-

cho ese inconveniente, porque los últimos mayorazguistas, y despues sus herederos, han inscrito en los registros de la propiedad esas fincas, y ya no es fácil ni la usurpacion ni la detentacion.

58. Pero fueran ó no prescriptibles los bienes amayorazgados, lo cual no es hoy ya aplicable, porque desde 30 de Agosto de 1836, esa gran masa de riqueza ha entrado en la jurisdiccion de las leyes comunes, y estuviera ó no estuviera en su lugar la teoría desenvuelta en la sentencia ya citada de 16 de Octubre de 1858, sus considerandos no pueden tenerse como axiomas aplicables á la prescripcion de los treinta años, y suponiendo que el trascurso de este tiempo necesita ademas estar robustecido con la buena fé. Con gran criterio pregunta el Sr. Ortiz de Zúñiga: ¿Entónces en qué se diferencia la prescripcion ordinaria de los diez años, de la prescripcion extraordinaria de los treinta? Está en su lugar la observacion, y nosotros, que somos enemigos irreconciliables del que pone en juego en cualquier acto de la vida la mala fé, no podemos ménos de rendir tributo á ese gran lapso de *treinta años*, que todo lo borra y aniquila. Y ésta pobre opinion nuestra sería despreciable si no encontrara un apoyo firmísimo, no en una, sino en muchas sentencias del Supremo Tribunal. Entre otras nos permitiremos citar la de 4 de Octubre de 1862, en que se aplica la ley 7.ª, título 14.°, Partida 6.ª, que dice que el tenedor de una herencia que la goza por espacio de treinta años, la prescribe enteramente. En ese fallo no se hacia más que repetir lo que ya se habia decidido en otro de 22 de Noviembre de 1860, asentando en él, que la prescripcion de treinta años ó más es título legítimo, cualquiera que sea el modo en que la cosa se haya adquirido. Lo mismo se resolvió en sentencias de 15 de Junio de 1864, 12 de Marzo de 1867, 3 y 7 de Abril de 1868. Pero aún todavía es más expresiva la sentencia de 5 de Mayo de 1865, en la que se dice que basta esa prescripcion de treinta años, tenga buena ó mala fé el que prescribe, lo cual está en armonía con las palabras textuales de la ley 21.ª, título 29.° de la Partida 3.ª

59. Si la ley 63.ª de Toro, que nos ha dado pretexto para escribir este largo comentario, le dice al dueño de acciones que tiene á su favor ejecutorias é hipotecas, que en el largo trascurso de treinta años pierde estas mismas acciones, si no hace uso de ellas, justo y equitativo es tambien, que el derecho de propiedad se pierda de idéntico modo, porque esa misma propiedad y las acciones reales, tienen necesariamente que equipa-

rarse. Y no decimos nada sobre la prescripcion inmemorial y la que pasa del centenario, sobre cuyo extremo diremos algo al hablar de otras leyes, pero que de ella no hacemos ahora mencion especial, porque sería altamente censurable en nosotros no hablar de otra materia de la mayor importancia, por lo mismo que todos los dias están ocurriendo casos en los estudios de cualquier letrado medianamente acreditado.

60. Y vamos á tratar de si son ó no prescriptibles los censos. Palabra nefanda para muchos escritores, que segun ellos tantos daños ha causado á la propiedad y que en rigor fueron los precursores de la amortizacion, oprimiendo á esa misma propiedad. Y no dulcifica esas opiniones el enfiteusis, que ha convertido no pocas veces campos estériles en verdes viñedos y ricos olivares, y arenosos terrenos en magníficos edificios. La industria, la agricultura y las artes, no necesitan de esos gravámenes para hacer milagros. Por eso han desaparecido ya ó por lo ménos no se crean tales gravámenes. La hipoteca es un contrato más racional; y aunque se pega á la finca gravada, y aunque en ocasiones es más dura que el censo, porque el premio es mayor, eso mismo denota la libertad de la contratacion y que ni el principio económico ni el principio legal pueden admitir la tasa, que era la base fundamental de los censos, segun las últimas leyes recopiladas.

61. Pero áun cuando haya caido en desuso, de veinte años á esta parte, la imposicion y creacion de nuevos censos, no se puede ocultar que la gran fincabilidad de España, tanto rústica como urbana, ha estado plagada de censos, que si por un lado han sido rica mina para la curia, por los muchos pleitos á que daba orígen y extension de documentos para trasladar el dominio y renovar en cierto modo reconocimientos de las mismas cargas, de cuya existencia se dudaba, esa institucion ha sido un quebradero de cabeza para el legista de conciencia. Antes de establecerse la jurisprudencia, de que hablaremos al final de este comentario, sobre la prescriptibilidad de los censos, no habia ningun abogado ni notario que pudiera decir, con pleno conocimiento de causa, que una finca *estaba libre de toda carga*.

62. Por más que el legislador, al establecer primero las contadurías de hipotecas y repetir despues que los censos de que no se tomara razon en dichas oficinas perderian su fuerza ejecutiva, no por eso se removieron todos los inconvenientes, porque contra ello luchaba la idea errónea, que se apoderó de mucha parte del foro, de que los censos eran imprescriptibles. Un

comprador de buena fé adquiria una finca, y el mejor de los letrados le decia que contra ella no existia ninguna carga, porque nada resultaba de la certificacion de hipotecas y de los títulos de pertenencia. Y sin embargo, á muy luégo se presentaba, con una escritura censual de dos ó tres siglos de fecha, cualquier quidan descendiente ó subrogado en el lugar del censualista, presentaba en la contaduría de hipotecas la escritura censual, y armado de punta en blanco entablaba demanda ejecutiva por las nuevas anualidades y dos tercios últimos, y luégo pedia en vía ordinaria hasta treinta anualidades, arreglándose en un todo, segun decian los prácticos, á lo que manda y dispone la ley 63.ª de Toro sobre el derecho de ejecutar y la prescripcion de la accion hipotecaria. Sí, decian esas lumbreras de la ciencia jurídica, las pensiones, los cánones anuales se prescriben por el término de treinta años; pero no el capital, no el censo, porque cada rédito y cada anualidad es independiente y necesita treinta años para que desaparezca.

63. Teoría funesta que de consecuencia en consecuencia nos llevaria á negar completamente la prescripcion en absoluto, porque no se concibe que la renta de un censo sea de distinta índole y pueda ser más privilegiada que el producto de la misma cosa. Y si la utilidad y conveniencia no ha podido ménos de crear el derecho de la prescripcion, tan aplicable, mejor diremos, más aplicable es aún á los capitales de censos que á la pérdida del total dominio de la cosa.

64. Es necesario haber intervenido en las ventas y transacciones de inmensos capitales en fincas, ya como abogado, ya como representante de ricos propietarios, para saber cuántas y de qué diversa especie han sido las perturbaciones al examinar los muchos papeles viejos sobre la propiedad en España. En èsos documentos antiguos aparecen censos generalmente pequeños, que muchos de ellos sin duda se redimieron; pero cuyos réditos hay la completa certeza que no se satisfacen hace doscientos ó trescientos años, ni á quién perteneció el capital ni quién podria hoy rechazar el censo suponiéndole vivo y existente. El vendedor de la cosa es, por lo comun, el necesitado y el comprador, ateniéndose á los papeles que, con más ó ménos imprudencia, se le han entregado, pide la rebaja del capital íntegro de aquel censo impuesto al 2 ó al 3 por 100 en los siglos XV ó XVI; pero de cuya existencia, ó al ménos del pago de sus intereses, no hay siquiera memoria. El pobre vendedor tiene entónces que sucumbir, y bajo el pretexto de que quede garan-

tido el derecho del comprador, se rebaja, mal decimos, se rebajaba del precio de la venta un capital censual que no se pagaria nunca, como no se habia pagado hasta entónces en uno ó dos siglos. Respondan por nosotros los abogados y administradores de las casas de la nobleza y de otros ricos propietarios, y digan si es ó no verdad que ese privilegio constituido en favor de las cargas censuales ha sido causa de infinitos perjuicios que sufria el poseedor de buena fé, y del que sólo se aprovechaba el comprador exigente ó el que habia arrebatado ó sustraido esas escrituras censuales, que en manos trapisondistas han sido muchas veces un tesoro.

65. Con gran prevision procuraron suprimir los medios de enredar, los que promulgaron las leyes desamortizadoras. La Hacienda nacional no entrega ningun título de pertenencia antiguo, y sí sólo la escritura de subasta, porque de otra manera, utilizando el comprador el pretexto de antiguas cargas, de seguro en muchísimos casos no cobraria el Tesoro los plazos de los remates, teniendo que seguir largos y prolongados pleitos. Por eso tambien, como representante de una casa riquísima, he sido siempre de opinion, que no se permita la rebaja del precio estipulado y convenido, bajo el pretexto de antiguas imposiciones, ni ménos de supuestos réditos atrasados.

66. Esto no impide, que hasta hace poco tiempo haya sido, si no dominante en un todo, muy fuerte la opinion de que el capital censual era imprescriptible. Recordamos aún una de nuestras primeras defensas en el foro de Madrid, sosteniendo que un censo que hacia 150 años que no se pagaba, estaba prescrito. Teníamos enfrente un abogado antiguo, que nos estimaba mucho y siempre nos estaba dando consejos. En el acto de la vista en el juzgado inferior nos decia, que nuestra vehemente imaginacion nos conducia por mal camino, queriendo innovar lo que una práctica constante tenía establecido, porque él mismo reconocia, que en ninguna de nuestras leyes se establecia este derecho de imprescriptibilidad de los censos. Desempeñaba el juzgado de primera instancia un ilustradísimo juez, que no tuvo reparo en adherirse á nuestas opiniones y quizá fué el primer ejemplar en el foro de Madrid en que se sentenciara lo contrario de esa corruptela de la imprescriptibilidad de los censos. Aquel pleito no llegó á ejecutoriarse y se transigió para no gastar en la segunda y tercera instancia (entónces habia vista y revista) y luégo en el recurso extraordinario más de lo que se litigaba.

67. No diremos que se levantó una cruzada contra esa, para nosotros, corruptela de la imprescriptibilidad de los censos. Diremos sí, que en provincias tomaron más vuelo nuestras opiniones, y dignísimos magistrados defendieron las buenas doctrinas. Hubo fallos en diversos sentidos, y naturalmente, esta divergencia de pareceres habia de venir á resolverla de una manera definitiva el Supremo Tribunal, que tiene la alta mision de establecer jurisprudencia.

68. Nuestro primer libro, nuestra primera coleccion de leyes, es la nota ó recapitulacion que llevamos de las sentencias del Supremo Tribunal. Pues entre todas esas sentencias, que encierran un rico tesoro de sabiduría y de justicia, ninguna es comparable con las pronunciadas en 24 de Enero y 9 de Marzo de 1863. Esos dos fallos deben estar impresos en letras de oro y ellos solos han hecho más beneficio á la propiedad, que infinitas leyes, que ligeros é imprudentes legisladores han discutido en el espacio de cuarenta años. Y cuidado, que nos hemos sentado en el parlamento y tomado no pequeña parte en los debates, en el largo trascurso de veinte años, y no fuimos abogados ni intervinimos en lo más mínimo en las declaraciones hechas en esas dos sentencias, de las que vamos á dar ligera noticia, para poner fin á este difusísimo comentario de la prescripcion.

69. Sin ofender al que se llamaba dueño del censo, diremos que se entabló una demanda pidiendo el reconocimiento de esta carga, que se habia impuesto hacia *doscientos setenta años.* El dueño de la finca negaba el derecho á reclamar, porque no constaba que en esos doscientos setenta años se hubiera pagado una sola pension, y por consiguiente, estaba prescripto el censo. El censualista replicaba, que la doctrina y jurisprudencia de los tribunales rechazaban esa excepcion, y hasta citó algunas sentencias del mismo Supremo, suponiendo ademas que las leyes 12.ª, 21.ª, 22.ª y 27.ª, título 29.° de la Partida 3.ª y la 63.ª de Toro que comentamos, daban perfectamente á conocer, que no habia medios hábiles de prescribir los censos. La audiencia de Búrgos, confirmando la sentencia del juez de primera instancia de Soria, desestimó la demanda del censualista, é interpuesto recurso de casacion, se declaró no haber lugar á él, quedando así ejecutoriado que la accion real hipotecaria que tiene el censualista, y de la que habla la ley 63.ª de Toro, queda prescripta á los treinta años.

70. A muy poco tiempo, á los dos meses escasos, conoció el

Supremo Tribunal de un pleito de la misma naturaleza. En el año de 1859 acudió un censualista pidiendo las 29 y media pensiones últimamente vencidas de un censo impuesto en el año de 1727. El dueño de la finca excepcionó que esos réditos no se habian pagado en ningun tiempo. La audiencia de Valencia, confirmando tambien la sentencia del juez de primera instancia de Játiva, estimó la excepcion, é interpuesto recurso, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar, dando la repetida sentencia de 9 de Marzo de 1863, y reproduciendo en ella las teorías sentadas en el anterior fallo de 24 de Enero del mismo mes y año. Como muestra, basta copiar lo siguiente: «Que no era doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales la que consigna dicha imprescriptibilidad: que no se habia infringido la mencionada ley, porque consta sin contradiccion, y áun se habia confesado que trascurrió mucho más tiempo que el prefijado en la misma para la prescripcion de la accion real hipotecaria, sin que se dedujera ninguna por los censualistas, y que, por consiguiente, no procedia el recurso.»

71. Nos parece que es poner el sello á las dudas y cavilaciones. Ya no tienen necesidad, ni los propietarios ni los abogados y notarios que examinen títulos de pertenencia, para averiguar si está viva ó no está viva una carga censual, esté ó no esté inscrita en los registros de la propiedad. Siempre que conste que hace treinta años contínuos que no se paga, basta esta excepcion para vencer, apoyándose en la jurisprudencia del Supremo Tribunal. Y mayor confianza debe tener en su causa aquél que diga que hace sesenta ó cien años que no se paga el gravámen, como no se le pruebe lo contrario.

72. Siempre cavilosos y desconfiados, áun al tratar de las materias más fáciles, dudamos si en este asunto difícil de la prescripcion llenaremos los deseos del lector. Por nuestra parte sólo diremos que sobre el asunto hemos hecho un estudio intenso de lo mucho que se ha escrito, y á la claridad hemos sacrificado consideraciones de algun mérito, segun el parecer de personas entendidas. Nos atemoriza la sola idea de que el lector no entienda nuestros conceptos y le parezcan difusas nuestras observaciones. El que apetezca más copia de doctrina puede entregarse á la lectura de los autores que citamos, y entre otros al Sr. Sancho de Llamas, que escribe 181 números para concordar el derecho romano con el español, y examinando á la vez casos y circunstancias que á nosotros nos ha parecido debíamos omitir. De pasada hemos hecho en este comentario algunas obser-

vaciones sobre los censos, pero no hemos tratado de ellos de una manera extensa y minuciosa como la materia exige. No podíamos ménos de ocuparnos de su prescriptibilidad, porque este era ya un punto resuelto por el Supremo Tribunal y no podia darse esta noticia sino cuando se trataba de prescripcion. Al comentar otras leyes, especialmente la 68.ª, abordaremos todas las cuestiones importantes de censos, que son bastantes, porque hasta su constitucion ha sido objeto de debate para las escuelas economistas.

LEY SEXAGÉSIMACUARTA.

(L. 3.ª, TÍT. 21.º, LIB. IV DE LA REC., Y L. 2.ª, TÍT. 28.º, LIB XI DE LA NOV.)

Los diez dias asignados para alegar y probar las escepciones corren desde el dia en que el demandado se opusiere á la ejecucion.

Por cuanto en las ordenanzas que fecimos en la villa de Madrid, á cuatro dias del mes de Diciembre del año pasado de mil é quinientos é dos años, hay una ordenanza, su tenor de la cual es este que sigue: Otrosi por cuanto por la ley por nos fecha en las cortes de Toledo, ovimos ordenado, que si los deudores, que deben algunas deudas en quien son fechas execuciones por contractos, obligaciones, ó por sentencias ó pedimento de los acredores en los deudores, ó en sus bienes alegaren paga, ó otra escepcion que sea de rescibir, que tenga diez dias para la probar y no se declara desde cuando han de correr los dichos diez dias, declaramos é mandamos que los dichos diez dias corran desde el dia que se opusiere á la tal execucion, é pasados los dichos diez dias, sino probare la dicha escepcion, que el remate se haga, como la dicha ley lo dispone, sin embargo de cualquier apellacion que de ello se interpusiere, dando al acreedor las fianzas, como la dicha ley lo manda, é porque nuestra merced é voluntad es, que la dicha ordenanza haya cumplido efecto, por ende mandamos que lo contenido en ella se guarde y cumpla y execute como en ellas se contiene, sin embargo de cualquier apellacion, que de ella se interponga, para ante nos ó para ante los oydores de las nuestras Audiencias, ó para ante otros cualesquier jueces

ó cualquier nulidad que contra la dicha execucion é remate se alegue.

COMENTARIO.

1. Tropezamos aquí otra vez con el juicio ejecutivo. El procedimiento judicial para hacer efectivos los derechos es tan necesario, que sin él inútiles serian todas las disposiciones legales. El legislador que mande una cosa y no sea obedecido, queda desprestigiado, y las leyes que no sean acatadas servirán para demostrar, ó que contienen preceptos injustos é inaplicables, ó que el país donde se dieron es ingobernable. De aquí dimana, que las leyes de enjuiciar sean tan diversas en los distintos países de Europa y principalmente las que se refieren á realizar lo que ya está sentenciado y ejecutoriado, ó lo que no puede ponerse en tela de juicio, por ser claro y explícito el contrato ó la causa de deber.

2. Y esto es tan exacto, que en casi todos los códigos y fueros municipales se encuentra algun vestigio, cuya tendencia es ejecutar rápidamente el cumplimiento de las obligaciones, raíz y orígen del juicio ejecutivo. Y á la verdad no se concibe la contratacion si no se dan garantías á los estipulantes de que los pactos celebrados se han de llevar á puro y debido efecto con rapidez suma. En el momento que comprendan los contrayentes que lo escriturado, que la confesion de parte, que la decision judicial, etc., etc., necesitan la incoacion y proseguimiento de un pleito largo y dispendioso, todo el mundo se retraerá, como de hecho se retraen las gentes en tiempos de trastornos y revoluciones, en que los más sagrados derechos quedan en incierto. Y con más razon sucede esto si la sustanciacion de los juicios ofrece ancho campo para que la mala fé produzca sus resultados. No se busque otro orígen al procedimiento ejecutivo y á la fianza de la ley de Toledo de que tenemos que hablar en este comentario.

3. En efecto, la ley 64.ª de Toro empieza diciendo que los mismos Reyes Católicos habian hecho una ordenanza en 4 de Diciembre de 1502, mandando que la ley hecha en las Córtes de Toledo sobre esta materia de cumplimiento de obligaciones se llevase á puro y debido efecto trascurridos los plazos de que se habla en la misma ley y de que ahora debemos ocuparnos reseñando rápidamente las leyes que están insertas en el tít. 28.º del

lib. XI de la Novísima Recopilacion y que todas ellas hablan del juicio ejecutivo.

4. Ya D. Enrique III promulgó en Sevilla una pragmática en 20 de Mayo de 1396 mandando que los alcaldes y justicias llevasen á debida ejecucion el pago de las deudas reconocidas, á no ser que se opusiere, dentro del término de diez dias fatales, excepcion legítima, sufriendo nada ménos que la pena del doble, tanto el actor como el demandado, si no probare cada uno su intencion. Esta ley fué confirmada por los Reyes Católicos en las Córtes de Toledo en el año de 1480, y á esa misma disposicion se refiere todo lo que los comentaristas antiguos han discurrido sobre la famosa fianza de la ley de Toledo, que no era otra cosa que la promesa que hacia el acreedor de devolver al ejecutado todo lo que de él percibia con intereses, daños y perjuicios en el caso que se revocase la sentencia de remate por el Tribunal Superior. En cumplimiento de esas dos leyes de Enrique III y de los Reyes Católicos, no se admitian más que en un solo efecto las apelaciones que se interponian de las sentencias de remate, lo cual quiere decir que seguia el pleito ejecutivo adelante hasta hacer efectiva la sentencia; pero entre tanto se remitia al tribunal de alzada testimonio de lo actuado, ó á voluntad del deudor se aguardaba á que tuviera efecto dicha sentencia de remate, y entónces se remitian los autos originales á la audiencia respectiva.

5. Aunque el texto de las dos leyes ántes mencionadas era bien claro y expresivo, en la práctica ocurrieron no pocas dudas. La primera fué desde qué fecha se habia de empezar á contar ese plazo de los diez dias para oponerse á la ejecucion. Los mismos Reyes Católicos, en la ya enunciada fecha de 4 de Diciembre de 1502 y en sus ordenanzas de Madrid, dijeron que esos diez dias se empezarian á contar desde el en que el deudor se opusiera á la ejecucion.

6. Sin duda, ó habian sido desobedecidas las dos leyes ó no se habia fijado bien el verdadero momento desde el en que debian empezar á correr los diez dias, lo cierto es que hubo necesidad de promulgar esa ley 64.ª fijando terminantemente que el plazo fatal empezara á correr desde el dia de la oposicion del ejecutado. Y era tan fatal realmente el término, que en lo antiguo se contaba de momento á momento sin tener en consideracion si los dias eran ó no festivos, reforma que, como luégo veremos, hizo la ley de Enjuiciamiento civil.

7. Ya el procedimiento marchaba por un cauce estrecho,

porque en realidad D. Enrique IV habia dispuesto en 1458, segun resulta de la ley 3.ª del expresado título 28.º, libro XI de la Novísima, que no se admitieran otras excepciones en el juicio ejecutivo que la de pago, promision ó pacto de no pedir, falsedad, usura, temor ó fuerza ú otra semejante. Equiparáronse despues á estas excepciones los conocimientos hechos ante la autoridad judicial, método el más comun y ordinario por la multitud de transacciones que se llevan á efecto en papeles privados, y que se elevan á la categoría de verdaderas confesiones en el momento que se reconocen las firmas de los recibos ó pagarés ante el juez competente. En las demas leyes recopiladas de ese título y libro, se traza el procedimiento hasta hacer el remate y pago de la deuda, jugando tambien su papel la maldita idea del juramento, porque la demanda que no contenia este requisito, aunque el documento en que se apoyara trajera aparejada ejecucion, no se despachaba ésta, por lo que se prescribia en la ley promulgada, tambien en Toledo en 1480, que es la 6.ª del expresado título y libro de la Novísima Recopilacion.

8. Nada decimos sobre todo lo demas que se refiere al procedimiento, ni sobre la prision por deudas, ni sobre el modo de verificar los remates, hacer los pregones, etc. El que quiera estudiar estas antigüedades puede recorrer esas leyes recopiladas, y para confundirse revisar los libros de viejos comentaristas, que con asíduo trabajo hemos tenido que estudiar en antiguos tiempos, y para sostener nuestras opiniones en los múltiples casos dudosos que ocurren en todo lo que hace relacion al juicio ejecutivo.

9. Hoy por fortuna la ley 64.ª de Toro y todo lo que tiene la más pequeña relacion con las ejecuciones y dicho juicio ejecutivo, está perfectamente condensado en la ley de Enjuiciamiento civil desde el artículo 941 al 1009 inclusive de la misma ley, comprendiendo en ellos el procedimiento de apremio y tambien las tercerías de dominio.

10. ¿Es acabada y completa esta reforma legal hasta el punto de que no tenga que sufrir modificacion alguna? Mucho tendríamos que decir sobre esto; pero no es ésta nuestra mision. Por lo mismo que no hemos aspirado nunca, ni querido ser de esas pomposas comisiones de códigos, que tantas veces se han elegido para complacer á cuatro amigos, y cuya ciencia no calificamos, tenemos un placer en reconocer, que si bien la ley de Enjuiciamiento civil deja mucho que desear, especialmente en la tramitacion de los juicios universales, ha producido grandes

bienes y con particularidad ha destruido muchas corruptelas en lo que se refiere al juicio ejecutivo y en la manera de prestar lo que antiguamente se llamaba fianza de la ley de Toledo, y á los demas trámites referentes al despacho de ejecucion y á lo que se llamaba los diez dias del encargado; tramitacion que si se ha variado poco, se ha puesto muy en claro, y hoy saben á qué atenerse, tanto los jueces como abogados, para sustanciar este procedimiento, que muchos le niegan el carácter de juicio.

LEY SEXAGÉSIMAQUINTA.

(L. 7.ª, TÍT. 15.°, LIB. IV DE LA REC., Y L. 6.ª, TÍT. 8.°, LIB. XI DE LA NOV.)

La interrupcion en la posesion, interrumpa la prescripcion en la propiedad y al contrario.

La interrupcion en la posesion interrumpa la prescripcion en la propiedad; é por el contrario, la interrupcion en la propiedad interrumpa la prescripcion en la posesion.

COMENTARIO.

1. No podemos nunca ocultar la verdad, y por más que nosotros respetemos á los excelentes redactores de esas leyes, no llegamos á comprender por qué motivo no colocaron cada una de ellas en el lugar que la corresponde. ¿Qué quiere decir tratar de un punto interesante de la prescripcion en la ley 63.ª, colocar luégo la 64.ª, que se ocupa del juicio ejecutivo, y despues insertar la 65.ª, que habla de la importante materia de cómo se interrumpe la prescripcion? No se nos alcanza el motivo; pero nos parece que la crítica está en su lugar, porque hubiera sido más lógico que, si faltaba algo que resolver en las cuestiones de prescripcion, se hubiesen enlazado todas las leyes que se refirieran á este mismo asunto.

2. Mas sea defecto ó poco método de los compiladores, ó realmente pudiera aplaudirse lo que quizá sin motivo criticamos, lo cual no es de importancia alguna, sí la tiene muy grande el contexto de la ley, que á pesar de su claridad ha dado lugar á los más extensos comentarios, y lo que es peor, á una divergencia tan grande que no se pueden leer con calma autores de tanta nota como Acevedo y Covarrubias y más principal-

mente á Gomez, contra quien se revuelven furiosos los anteriores legistas; y secundándolos el Sr. Llamas de Molina, se complace en refutar cuanto expone y dice el que ha sido siempre considerado como el primer comentarista de las leyes de Toro.

3. No vamos nosotros á terciar en semejante contienda. Al contrario, diremos, reconociendo nuestra impericia, que muchas de las argumentaciones, tanto de Antonio Gomez como de sus impugnadores, están escritas en griego antiguo y no llegamos á comprender ni el ataque ni la defensa, ni ménos creemos que sea de utilidad práctica el análisis de los rarísimos casos que sirven de polémica á esas teologías jurídicas. Como muestra nos permitiremos recomendar al lector el comentario que hace á esta ley el respetabilísimo y profundo Sr. Llamas, y si á la primera lectura llega á comprender lo que quiere decir, nos damos por vencidos y nos consideraremos como los peores intérpretes de las leyes confeccionadas bajo los auspicios de los Reyes Católicos.

4. Fueron estos concisos en la redaccion de la ley 65.ª, y su laconismo descansa en razones claras y evidentes, segun nuestro concepto. La interrupcion en la posesion interrumpa la prescripcion y la propiedad. Esta es la primera parte de la ley, que no hace más que reproducir un axioma de todas las legislaciones. En el comentario de la ley 63.ª, y al tratar del tercer requisito que se exige para que prospere la adquisicion de la cosa ajena, dijimos que era indispensable que el que intente prescribir *ha de poseer continuamente.* Pues esto y nada más que esto es lo que resuelve y determina la ley 65.ª en su primera parte. Podríamos fijar muchos ejemplos en corroboracion de nuestro aserto; pero nos limitaremos á señalar el más comun. Hay un poseedor que ha cultivado ó recogido los frutos de una tierra por uno ó dos ó más años teniendo título y buena fé, y esta tierra ha sido inundada por un rio que ha mudado de cauce, no volviendo á su antigua madre y dejando libre la tierra inundada á los diez, doce ó catorce años. ¿Podria nunca utilizar este tiempo el que cogió los frutos uno, dos ó tres años, etc.? No, porque aquella posesion fué interrumpida, y es probable que el dueño antiguo de la cosa la hubiera reclamado si hubiera estado en disponibilidad. La ley castiga el descuido y abandono y premia la diligencia y el trabajo, y aquí no hay negligencia por parte del antiguo dueño ni puede presentar título meritorio tampoco el que en realidad perdió la cosa por una causa natural.

5. Citemos otro ejemplar más pertinente. Figuremos que el mismo poseedor de uno, dos ó tres años, no sólo no ejerce actos posesorios, sino que el mismo propietario antiguo entra en el goce de sus derechos é interrumpe la posesion del que, con título ó sin título, estaba beneficiando la cosa. Mas despues ese mismo dueño vuelve á dejarla, y aquel solícito poseedor entra á labrar la finca. ¿Se considerará que puede contarse el tiempo de la prescripcion desde el primer acto posesorio sin tener en cuenta para nada esa interrupcion de que hemos hablado? No, porque en primer lugar la ley lo dice terminantemente, y porque es lógico que, si se ha interrumpido esa posesion, quede tambien interrumpida la prescripcion creada hasta para adjudicar el dominio de las cosas; y si esto no se puede conseguir sino con una posesion continuada, todos los méritos que haya contraido el dicho poseedor quedan destruidos con la simple interrupcion de esa posesion.

6. Por iguales motivos, añade la ley en su segunda parte, que la interrupcion en la propiedad, interrumpe la posesion en la prescripcion. Esto es todavía más claro. Está un individuo disfrutando quieta y tranquilamente de una cosa, y el antiguo dueño, ó el que se cree tal, le reclama en juicio la expresada propiedad. Jamas se ha dudado que este solemne acto interrumpe hasta tal punto la posesion, que si el demandante vence no hay más remedio que darle los frutos de la cosa desde el dia que se interpuso la demanda. Esto es lo comun y ordinario; y cuando no se ejecuta, se comete una verdadera injusticia y se falta á los preceptos de la ley 65.ª de Toro y á los buenos principios legales. Uno de ellos es que, demandada una cosa, se hace desde aquel momento litigiosa, y en el instante que hay pleito, no puede admitirse la buena fé. Era en esto tan inflexible el antiguo consejo de Castilla y lo ha sido tambien el Supremo Tribunal, que en los infinitos casos en que se adjudicaban los ricos mayorazgos de la nobleza á favor de personas que no habian poseido, siempre llevaban la coleta de la entrega de frutos desde la interposicion de la demanda de propiedad, porque desde el instante que se interponia aquella reclamacion, quedaban interrumpidos los actos posesorios, y el tenedor de la cosa no era en rigor más que un administrador judicial que, al perder el pleito, tenía que dar cuentas de los productos que habia percibido desde dicha interposicion de la demanda.

7. No necesitamos reproducir aquí las muchas sentencias del Tribunal Supremo que en materia de prescripcion hemos citado

al comentar la ley 63.ª, que tanta analogía y conexion tiene con la 65.ª Copiosa doctrina se encuentra en aquellas decisiones; pero concretándonos á la materia á que se refiere esta ley 65.ª, recomendamos al abogado práctico el fallo de 19 de Enero de 1865, en que de una manera terminante se dice que cuando el Tribunal estima *que la posesion ha sido continua*, no puede aplicarse la dicha ley 65.ª, relativa á la interrupcion de la posesion que interrumpe la propiedad.

8. Dar más extension á este comentario sería incurrir en los mismos defectos que nosotros con desconfianza nos hemos permitido atribuir á los autores de más nombradía. Sea escasez de talento por nuestra parte, sea sublimidad de concepto de esos mismos autores, repetimos que no hemos llegado á comprender lo que dicen y exponen comentando la ley 65.ª de Toro. Lo que nosotros dejamos asentado lo hemos aprendido en nuestra larga práctica, en los principios comunes que se desprenden de la *posesion continuada*, y más principalmente en los considerandos de las muchas sentencias del Tribunal Supremo, que no se parecen en nada á los juicios críticos que sobre la ley hicieron los antiguos glosadores.

9. Despues de todo, nuestra principal mision es atenernos á la jurisprudencia moderna, y la establecida por el Supremo Tribunal en esta materia no deja nada que desear.

LEY SEXAGÉSIMASEXTA.

(L. 3.ª, TÍT. 6.º, LIB. V DE LA REC., Y L. 5.ª, TÍT. 11.º, LIB. X DE LA NOV.)

Ninguno está obligado por demanda personal que se le ponga á dar fiador sin que preceda informacion de testigos de la deuda ó escritura auténtica.

Ninguno sea obligado de se arraigar por demanda de dinero que le sea puesta, sin que preceda informacion de la deuda, á lo ménos sumaria de testigos, ó de escriptura authentica.

COMENTARIO.

1. Aquí tenemos otra ley de procedimientos que estaria tambien muy en su lugar, cuando se habló del juicio ejecutivo comentando otras leyes anteriores. La ley 66.ª de Toro, reconociendo los buenos principios, niega en absoluto la obligacion de arraigar el juicio el demandado, á quien se le reclame una cantidad de dinero. Esto es lo mismo que hablar de los documentos que traen aparejada ejecucion, porque la ley menciona específicamente la *escritura auténtica,* y aunque tambien cita la informacion de testigos, fácilmente se comprende, que esta prueba habia de ser bien acabada.

2. Y fué oportuna é interesante la promulgacion de esta ley porque interpretando con violencia tanto el derecho romano como alguna disposicion de los antiguos códigos españoles, se cometian en los tribunales abusos escandalosos, contrariando de esta manera los principios comunes de derecho y lo que la razon natural dicta, considerando las situaciones de los dos que han de litigar. El demandante, por serlo, no tiene á su favor ninguna presuncion de pedir con justicia. Al contrario, la teoría y las leyes escritas exigen, que á la simple afirmacion del de-

mandante siga la prueba, porque de otro modo al demandado le basta negar, y las negaciones no necesitan justificacion.

3. Axioma universal es este, que no se puede interpretar con violencia, porque en algunos casos, tanto en el derecho romano como en el español, exigen que el demandado dé fianza en casos determinados. Ciertamente en el párrafo primero y siguientes del título 11.°, libro IV, *Institut de satisd*, se explica cuándo hay que dar fiador y cuándo no. Si una persona es demandada por accion real, lo cual supone existencia de documentos auténticos, el demandado tenía que dar esas garantías, porque la demanda, apoyada en escritura pública, tenía á su favor una presuncion fuerte, y ya entónces no basta la simple negativa del demandado y justo es que quedaran garantidos los derechos del demandante que ejercitaba la accion real fundándola en documentos auténticos.

4. Pero si la reclamacion era puramente personal, es decir, se apoyaba en obligaciones contraidas por el demandado, entónces no habia necesidad de arraigar ese juicio, El mismo Justiniano, y así se dice en ese mismo título de la Instituta, quitó la obligacion de dar fianza áun cuando se ejercitara la accion real. Y es, que entónces ya se reconoció que ninguna garantía es mejor, que la misma cosa que se demanda por accion real. Desde los tiempos más remotos, está reconocido el principio de que reclamada en los tribunales una cosa, ésta se hace litigiosa, es decir, que el que la compra ó adquiere, sea por título oneroso ó lucrativo, corre el peligro de perderla, si el que la ha demandado vence en el juicio.

5. Otra cosa es el ejercicio de una accion personal, que es de la que habla la ley de Toro, porque específicamente trata de la persona á quien se le pide dinero. Por eso hemos dicho que esta ley es de verdadera sustanciacion y debia estar unida especialmente á la que trata de si puede ó no ser encarcelada la mujer casada por deudas. Cuando comentamos dicha ley, expusimos algunas consideraciones sobre este particular interesante, que tiene enlace íntimo con el de dar fianza para asegurar la deuda.

6. Nuestra antigua legislacion era demasiado dura en el particular, aunque no convenimos ni con Rodrigo Suarez ni con Sancho de Llamas, que dan por sentado que la ley 2.ª, título 3.°, libro II del Fuero Real, dispone que los casos en que el deudor demandado está obligado á dar fianza, si no la puede dar, debe reducirse á la cárcel, sin que baste la caucion juratoria. La ley

no dice semejante cosa. Exige sí se dé fiador cuando no se arraiga el juicio, y si no se diere, que lo recaude por sí ó dígaselo al Merino ó al juez y que éste lo haga efectivo. Aquí están los rudimentos y principios generales del juicio ejecutivo, y de deduccion en deducion podrá sacarse en último término, que estando reconocida en nuestra práctica antigua la prision por deudas, cuando no se daba fianza se sufriria ese percance mucho mayor.

7. Todas estas interpretaciones odiosas quiso destruir la ley de Toro, porque no sólo no habla de la pena de prision por deudas, sino que limita muchísimo la obligacion de dar fianzas al empezar un juicio. Demasiada desgracia es verse requerido por los tribunales y obligado á sostener una lucha que muchas veces acaba con la salud y con los intereses. Toda la proteccion de la ley al principio del juicio es para el demandado, y sólo cuando el demandante utiliza acciones que descansan en títulos fehacientes y legítimos, es cuando se vuelven las tornas y tiene el demandado que cumplir con lo que preceptúa la ley de Toro.

8. Prescindiendo de la prision por deudas que, como ya hemos dicho en más de un pasaje, es un apremio ó castigo que todas nuestras leyes políticas modernas han suprimido, no sucede lo mismo con la fianza de que habla la ley 66.ª de Toro. Si á una persona se le reclama una cantidad de dinero en virtud de escritura auténtica, claro es que para evitar el embargo de bienes debe prestar fianza de pagar lo juzgado y sentenciado. Pero si esa demanda no tiene en su apoyo lo que dice la ley de Toro, no procede ni el arraigo ni la fianza, porque sabido es que en igualdad de circunstancias y ejercitándose una accion civil ordinaria, el demandado se halla en el pleno uso de sus derechos y no pierde nada á los ojos de la ley ínterin y hasta tanto que se pronuncie sentencia ejecutoria que le condene.

9. Por separarse de estos principios inconcusos y generales los tribunales de justicia, se promulgó esa ley de Toro, limitando en mucho las garantías que podrian exigirse al demandado, y evitando de esta manera la interposicion de demandas, que no tenian otro objeto que atemorizar á personas pusilánimes y áun á la que no lo fuera, porque no es un suceso grato tener que seguir un pleito, y mucho más en tiempos antiguos, en que no se les veia el fin.

10. Una de las mayores dificultades que encontrábamos para comentar las leyes de Toro, era que el jurista tenía precision

de explicar, no sólo la materia de que habla la ley, sino todas aquellas que tuvieran con ella conexion íntima, porque de otro modo el que tratara de estudiar verdadero derecho se encontraria defraudado en sus esperanzas sin saber si esas leyes concordantes dieron buenos resultados ó, por el contrario, aumentaron la confusion. La ley 66.ª es un ejemplo patente de esta verdad. Quiso asegurar los derechos legítimos del acreedor que á su favor tuviera un título legítimo; pero al mismo tiempo no hizo iguales concesiones á todos los demandantes perjudicando y agraviando á los demandados. ¿Consiguió su objeto la ley poniendo coto á las malas artes de los deudores maliciosos que ocultaban ó disponian de sus bienes en fraude de sus acreedores? Ya hemos dicho que como remedio extremo se acudia á la prision por deudas, correctivo no pequeño, que tenía graves inconvenientes, y entre ellos uno era no producir resultado inmediato á favor del acreedor, que perdia toda esperanza á medida que se iba anticuando y suprimiendo despues legalmente la prision por deudas.

11. ¿Cuál fué el remedio que se buscó para que no quedaran perjudicados tantos intereses y no se saliera del espíritu de la ley de Toro sobre afianzamiento y arraigo de los juicios? Este remedio fué *el embargo preventivo*, que por el pronto garantizaba los derechos del acreedor, el cual á su vez respondia de los perjuicios que se le pudieran seguir al demandado si su peticion no tenía razon de ser. Con gusto escribiríamos aquí los diversos medios que en distintas provincias se ponian en juego para llevar á efecto, en el terreno de la práctica, los embargos preventivos. Los más comunes eran cuando los dueños de los terrenos temian que sus colonos recogieran las cosechas y no pagaran la renta. Lo propio acontecia cuando se tenía noticia de que un comerciante sólo esperaba hacer efectiva una suma de mucha consideracion para declararse despues en quiebra, suponiendo la habia gastado ó empleado en especulacion arriesgada. Los ejemplos pudieran multiplicarse hasta el infinito, porque esta cuestion de acreedores y deudores será siempre el quebradero de cabeza del legislador y de los tribunales de justicia.

12. Repitiendo lo que tantas veces hemos sentado de que no somos expositores de todo el derecho civil, no podemos escribir aquí una minuciosa narracion de lo que pudieran decir sobre el embargo preventivo algunas disposiciones legales antiguas, ni lo que se encuentre en el reglamento provisional para la administracion de justicia, legislacion mercantil, etc. Obligacion

nuestra es, sin embargo, indicar al lector que hoy existe en esta materia todo cuanto puede apetecer el jurista para pedir el afianzamiento y arraigo para que no queden desairados los intereses del acreedor. La ley de Enjuiciamiento civil desde el artículo 930 al 940, contiene un gran fondo de doctrina, y el acreedor que vea en peligro su crédito podrá echar mano de los diversos remedios que en dichos artículos se proponen para garantizar su crédito. Si esto no bastara, podrá remitirse á las sentencias del Supremo Tribunal que hablan sobre la materia, y para lo cual nos vamos á permitir copiar dos párrafos del ilustrado Sr. Zúñiga.

13. Dice el primero: «Otra de las facultades que concede la ley al que se propone demandar á otro, es la de pedir la exhibicion de la cosa mueble que en su caso haya de ser objeto de la accion real que trate de entablar; y habiéndose suscitado cuestion acerca de la responsabilidad, en que segun la ley 3.ª, título 3.º, Partida 3.ª, incurre el demandado cuando niega ser tenedor de la cosa que otro le demanda, declaró el Tribunal Supremo, que dicha ley no es aplicable cuando no se trata de acciones reales, á las que sólo se refiere, ó cuando no existe la prueba de no haber dicho la verdad el demandado. (S. 1.º Diciembre 1860).» Dice la segunda: «Tambien ha sido objeto de controversia, en diferentes casos, la procedencia é improcedencia del secuestro prévio á la demanda; punto sobre el cual se ha decidido, que limitado el secuestro que prescribe la ley 1.ª, título 9.º, Partida 3.ª, á los seis casos taxativos que la misma menciona, la sentencia que no lo otorga en cualquiera otro, no infringe dicha ley (S. 8 Octubre 1863); añadiéndose (en 30 Octubre 1863) que ésta sólo puede tener aplicacion en los casos y circunstancias que la misma determina; y últimamente (en 5 Octubre 1868), que al establecer la expresada ley los casos taxativos en que pueden ser puestas en *fieldad* ó secuestro las cosas litigiosas, refiere en el segundo de los mismos como requisito para ello indispensable, que el demandado sea *persona sospechosa*, y que se tema por tal motivo que *trasporne*, empeore ó malverse la cosa mueble objeto del pleito.»

14. Por más que nunca quedemos satisfechos de nuestro trabajo, creyendo, ó que no hemos explicado bien el punto que examinamos, ó porque en realidad la materia de que se trata sea digna de más minuciosas explicaciones, siempre pesa con más fuerza en nuestra mente la profunda consideracion de que este libro no puede ser un tomo en folio y que es preciso suprimir

mucho en cada uno de los capítulos y más aún en aquellos en que la moderna legislacion ha derogado la ley que se comenta. El que se ocupe de demandas en que haya necesidad de arraigar el juicio, pedir fianzas, intentar embargos preventivos ú otras diligencias de la misma naturaleza, no acudirá á la ley 66.ª de Toro, sino á la de Enjuiciamiento civil, cuyos artículos hemos recordado, y á las sentencias del Supremo Tribunal, que forman jurisprudencia y que tambien nos hemos permitido citar. Sobre el ejercicio de la accion que procede y medios que se han de emplear para conseguir el objeto que la parte se propone, no se pueden dar consejos ni citar leyes determinadas. Esta es la ciencia, más que del jurisconsulto, del abogado, que al entablar una litis compromete los intereses de su cliente y su propia fama. Los casos son infinitos y por eso se necesita mucha discrecion al entablar los pleitos.

LEY SEXAGESIMASÉTIMA.

(L. 5.ª, TÍT. 7.º, LIB. IV DE LA REC. Y L. 5.ª, TÍT. 9.º, LIB. XI DE LA NOV.)

Prohibicion de jurar en los lugares que se espresan, y pena del que hiciere, mandare ó pidiere dicho juramento.

Ningun juramento aunque el Juez lo mande hacer, ó la parte lo pida, no se faga en San Vicente de Avila, ni en el herrojo de Santa Agueda, ni cuerpo santo: ni en otra Iglesia juradera, so pena de diez mil maravedises para la nuestra camara é fisco, al que lo jurare; é al Juez que lo mandare é al que lo pidiere, ó demandare.

COMENTARIO.

1. Ya tenemos aquí otra vez á discusion y á la órden del dia el juramento. En épocas determinadas se ha creido que la humanidad tenía dentro de sí misma un freno que sujetaria más las pasiones que todos los preceptos del legislador. ¡Ilusiones engañosas! Ese tiempo feliz nunca llegará por más adelantos que haga la civilizacion y por más que los apetitos del hombre encuentren gran correctivo en las costumbres públicas. Los arcanos del porvenir se ocultarán siempre á nuestra penetracion. Cuando el sentimiento religioso está en una decadencia que aterra; cuando los hombres políticos no se entienden y predominan las medianías; cuando los encargados de dirigir las conciencias equivocan los medios y no son tampoco modelos de mansedumbre y de las grandes virtudes que hacen milagros, los hombres que no son capaces de jurar en vano y burlarse de la verdad, querrán siempre que la ley produzca resultados útiles en ocasiones dadas, por lo cual no se puede desentender el le-

gislador de estos medios de descubrir lo cierto. Subsiste y subsistirá el juramento en toda legislacion bien ordenada, y no la borraríamos tampoco de las constituciones políticas, digan lo que quieran todos los revolucionarios.

2. No es esto afirmar que estemos conformes con los abusos infinitos que se han cometido al poner en práctica las disposiciones legales sobre el juramento y los caprichosos recursos de que se echó mano para que diera buenos resultados, enlazándose no pocas veces con el tormento y con las pruebas del agua y del fuego y otras muchas que, no sólo tuvieron su nacimiento en los tiempos primitivos, sino su mayor desarrollo en la Edad Media. Y aquí entramos de lleno en el exámen de la ley 67.ª de Toro.

3. Personas ilustradas, aunque no peritas en materias legales, han creido encontrar en ella la abominacion más completa del juramento en las contiendas judiciales. No; lo que los Reyes Católicos quisieron fué que los templos no sirviesen de palenque para esos actos mundanos, para esas luchas de intereses. Las leyes, y más la práctica, tenian establecido que hubiese *iglesias juraderas*, y algunas gozaban de mucha celebridad. La renombrada ciudad de Avila no habia perdido aún su esplendor al promulgarse nuestra coleccion de leyes, y entre sus muchas preciosidades tenía un templo que hoy admiran todavía los curiosos. La iglesia de San Vicente la visitan todos los viajeros que se detienen veinticuatro horas en aquella antigua poblacion. Algun erudito nos ha dicho que esos juramentos se prestaban muy cerca del presbiterio y enfrente del santo. Mucha debia ser la nombradía de este lugar cuando el legislador lo toma como ejemplo.

4. Y el herrojo ó cerrojo de Santa Agueda, que es el otro caso que cita la ley, ¿dónde estaba? No exageramos si decimos al lector que hemos ocupado muchos dias y bastantes vigilias para satisfacer esta curiosidad y dar noticia detallada de semejante ceremonia. Pero tenemos el sentimiento de anunciar que nuestras investigaciones han sido nulas y que ni siquiera hemos podido saber dónde estaba esa iglesia de Santa Agueda, ni ménos qué cerrojo era ese en que se prestaba el juramento.

5. La costumbre de practicar esta prueba civil en los lugares sagrados era muy antigua. En los más remotos tiempos de la república romana se conocia ya, y en los códigos justiniáneos se encuentran varios pasajes que de ella tratan. Como muestra véase la ley 12.ª, C. de rel., párrafo 5.º, cuyas últimas

palabras dicen: *Sive sub ipso judice præstari oportet juramentum sive in domibus, sive sacris scripturis tactis «in sacrosanctis oratoriis.»*

6. El sabio rey no podia prescindir, no sólo de copiar esta doctrina, sino de exagerarla. Las leyes 19.ª y 22.ª, tít. 11.º, parte 3.ª, dicen: que las partes deben venir ante el juzgador á facer esta jura en la iglesia ó sobre el altar. De modo que no era potestativo, sino obligatorio, hacer el juramento en lugar sagrado.

7. Dios nos libre hasta de la intencion de indicar siquiera la menor idea que se roce con el derecho canónico, en que tanto se ha escrito sobre esta materia y en la que juegan un papel principal las purgaciones. El que quiera dedicarse á este estudio puede, entre otras obras, leer lo mucho bueno que ha escrito el célebre obispo de Avila, el Tostado, comentando el Evangelio de San Mateo. Por nuestra parte, no podemos ménos de elogiar la ley Real que prohibió esos actos, no sólo en determinadas iglesias, sino en todas, porque si cita las *juraderas*, claro es que en otras no habia de ejecutarse lo mismo, porque entónces era inútil la publicacion de la ley. No tenemos noticia ni hemos leido en ningun antiguo pleito que se prestase juramento en las iglesias despues de la publicacion de las leyes de Toro. Y una demostracion palmaria de que se queria á todo trance poner un fuerte correctivo á estas malas prácticas, en que debia haber infinitos abusos, se encuentra en la severidad de la pena. No sólo se castigaba á los litigantes, sino tambien al juez que lo mandara. Diez mil maravedises habia que pagar, y esta suma era de gran importancia atendido el valor que entónces tenía el dinero. Los maravedises del tiempo de los Reyes Católicos, segun el arreglo monetario de 1476, eran dobles, ó lo que es lo mismo, un real de plata no representaba más que 17 maravedises. Y esto era de poca importancia porque, áun en tiempos de Felipe II, era una no pequeña riqueza 10.000 maravedises, á pesar de haber empezado á venir ya la plata de América.

8. En conclusion. Hoy se piden posiciones á los litigantes que declaran bajo juramento á solicitud de sus contrarios, con la protesta de no estar más que á lo favorable el que hace las preguntas. Los testigos tambien declaran bajo juramento, y las leyes penales imponen castigos á los que faltan á la verdad. Jurar por su honor, jurar por la salud de su dama ó por la madre de sus hijos, es pequeña cosa para el que no le impone el respeto de Dios y las futuras responsabilidades. Muchísimas veces hemos meditado sobre lo que sería un pueblo de ateos, y he-

mos deducido, que sus habitantes se devorarian como fieras de distinta especie. La especie humana, sin creencias ni porvenir, es el mayor aborto de esa materia inerte, que nada puede crear y que, sin embargo, esos modernos filósofos la suponen madre de tantas grandezas y tantos portentos, que nuestra inteligencia no puede concebir, á pesar de ser lo más superior que en el órden físico se ha combinado segun esas mismas teorías en que el orgullo humano es el número primero de las creaciones.

9. Tambien nosotros nos vamos por los cerros de Ubeda. Recordamos que nos toca hablar del juramento prestado en las causas civiles y criminales, y que debemos concluir el comentario de la ley 67.ª de Toro, que trató de corregir y corrigió en efecto el abuso escandaloso, de que se prestaran juramentos en lugares sagrados, convirtiendo tan venerandos lugares en campos en que se discutieran los intereses mundanos. Nada de ofensivo habia en esto á la gran institucion del juramento, que por otra parte, ningun derecho prejuzga á favor del que le presta, y las leyes han sido en esto tan previsoras, que al presunto delincuente ya no se le pide que preste declaracion con esta solemnidad, para que no se coloque en la situacion triste, ó de ser perjuro, ó de atentar á su misma existencia.

10. Si la ciencia no ha dicho su última palabra sobre este procedimiento, si puede predecirse que el legislador ha de exigir, que el testimonio de los que vieron y presenciaron, y más aún, los que ejecutaron los actos que son objeto de exámen, tengan algun incentivo para declarar la verdad, de algo debe valer el juramento. Por más que en todos los países de Europa haya adelantado mucho el procedimiento y se dé gran importancia al juicio oral, evitando que los pleitos y causas duren meses y meses y áun años, tiene muchos enemigos la instancia única de que somos acérrimos partidarios desde nuestra juventud y cuya opinion se ha robustecido con el despacho de voluminosos procesos de dos y tres siglos.

11. Otra digresion tan impertinente como la anterior; y para no incurrir tan repetidamente en nueva falta, diremos, que del juramento, que es una cosa útil, se ha sacado partido y tambien abusado, y que con la aplicacion de la ley de Toro se corrigió la corruptela de convertir las iglesias en palenque de reyertas muchas veces miserables.

LEY SEXAGÉSIMAOCTAVA.

(L. 1.ª, TÍT. 15.º, LIB. V DE LA REC., Y L. 1.ª, TÍT. 15.º, LIB. X DE LA NOV.)

Cumplimiento de las condiciones y pena de comiso puestas en los contratos de censo.

Si alguno pusiere sobre su heredad algun censo, con condicion que si no se pagare á ciertos plazos que caya la heredad en comisso, que se guarde el contracto, y se juzgue por él, puesto que la pena sea grande y más de la mitad.

COMENTARIO.

1. Ya hemos desflorado esta interesante materia en otro paraje. No es culpa nuestra que las leyes de Toro, que vinieron á resolver dudas y á formar jurisprudencia, dieran saltos y trataran de materias que no era fácil coordinar. Si al hablar de prescripcion nos pareció que comentando la ley 63.ª debíamos hablar de lo que habia acontecido sobre la prescriptibilidad de los capitales censuales, porque al fin las resoluciones del Supremo Tribunal tenian una importancia suma, ya allí llamamos la atencion, diciendo, que de los censos en general, trataríamos con más extension al comentar la presente ley, y vamos á cumplir la palabra empeñada.

2. ¡Censos! Los eruditos tendrian tela cortada para un larguísimo capítulo, ya pertenezcan á la escuela de los que creen que sirvieron de base á la estancacion de la riqueza creando una numerosa clase de holgazanes, ya por el contrario defiéndase que la institucion de esos pequeños capitales era un aliciente de ahorro y al propio tiempo favorecia á las clases laboriosas, que no teniendo propiedad, recibian la finca ajena para hacerla productiva mediante un corto cánon y aumentando así

el capital social. ¡Ojalá que en vez de crear lo que malamente se ha llamado renta del Estado en todos los países que están entrampados, teniendo una deuda que al fin viene á pagar el infeliz contribuyente, se hubieran empleado esos capitales en bonificar los inmensos terrenos que en todas partes y especialmente en España son estériles ó han quedado infructíferos! ¡Ojalá que esos malditos juros y esas ventas de oficios y alcabalas y cientos, que son la personificacion de los despilfarros de los antiguos políticos de España y los vales reales y las ventas del 5 y del 3 por 100, ignominia de los economistas de la Península del presente y pasados siglos, se hubiesen dedicado á construir canales y otras obras para mejorar los terrenos!

3. Cargos justos y severos son estos; pero que por sí solos no bastan para enaltecer y sublimar la institucion de los gravámenes censuales. Huyendo nosotros de la exageracion de los apologistas é impugnadores, diremos nuestro sentir sobre la creacion, progresos, decadencia y no sabemos si desaparicion de ese condominio, que en ocasiones ha hecho milagros y no pocas veces es rémora para que se explote la riqueza inmueble. El asunto es interesante y tiene una gran influencia en el porvenir, como lo tiene todo lo que se roza con el mayor aumento de la produccion. Tanto el individuo como las naciones, si no trabajan y no producen y gastan lo que tienen, su decadencia es segura y no los salva de ella los remedios empíricos de los nuevos filósofos y economistas del determinismo y del amor libre y de tantas aberraciones como vomita la imprenta de cien años á esta parte.

4. Si nos extraviamos, tambien por voluntad propia sabemos llamarnos al órden, porque es demasiado caminar trasladarnos desde la creacion de los censos hasta los discursos de los filósofos de la Internacional. Volvamos, pues, á nuestra modesta tarea y recordemos al lector cuándo y cómo se inició y creó esa concha, que se pegó al dominio y que vino á formar parte de él, porque se le concedieron los mismos atributos. Sobre ese orígen y sobre el desarrollo que tuvo en los tiempos antiguos diremos muy poco, porque nos parece más del caso detenernos en lo que es hoy el censo y en lo que necesariamente se ha de convertir. La economía política, aunque muchos de sus apologistas la han hecho más daño que todas las declamaciones de sus impugnadores, llegará á ser la ciencia del verdadero hombre de Estado, y éste no será cabal sinó estudia y amplifica y coloca el *dominio* á la esfera de institucion divina, y con lo cual

se santifica el trabajo, generador del tuyo y el mio; y que si no se respeta siempre por todos y para todo, no podrá marchar en buen órden la sociedad.

5. El censo, en general, es el reconocimiento de un derecho que impone el dueño de una cosa inmueble, ya para recibir una pension ó renta cuando cede la cosa al censatario, ya para pagar él mismo ese gravámen por haber tomado una cantidad de dinero que habia de ser siempre representada por esa misma suma que ya irá incrustada en la finca que se designa como garantía. A medida que adelantemos en nuestro trabajo hablaremos de las distintas clases de censos, que despues de todo no son grandes sus diferencias, por más que hayan querido en esto, como en otras cosas, sutilizar mucho los glosadores.

6. ¿Cuándo se estableció esa carga? ¿En qué país tuvo su cuna? En todos y en ninguno. Dada la propiedad, se viene en conocimiento del censo, que no es otra cosa que ceder parte de esta misma propiedad. Remontémonos á las épocas más apartadas de las legislaciones griega y romana, y allí habrá vestigios de ese condominio que se establece entre censualista y censatario. El dueño de una heredad no tiene medios ó no quiere cultivarla y acude al vecino para que le entregue ó semillas ó dinero para comprarlas. Este se lo presta ó le entrega su equivalente en frutos; pero con la expresa condicion de que le ha de dar una módica ganancia, que afectará á la finca miéntras no se redima el gravámen, es decir, se pague la deuda. Por el contrario, no es este el convenio, sino ceder la finca el dueño para que otro la cultive y se utilice de los frutos y la mejore ó la destine á distinta produccion de la que ántes daba, y al momento se forma idea del enfiteusis, que es en realidad el más genuino y más simpático de los censos, por más que no desconozcamos que los llamados reservativos y consignativos fueron muchas veces provechosos.

7. Si los grandes glosadores de los siglos XVII y XVIII leyeran el anterior párrafo, sin duda nos escomulgaban. ¿Cómo se atreve ese nuevo tratadista á suponer que los Papinianos y Gayos, conocieron los censos y ménos que los Sibaritas de Aténas tuvieran que imponer á sus ricas tierras tales gravámenes? Nada, absolutamente nada se encuentra que haga alusion á esas hipotecas. Nuestra contestacion será sencilla. ¿No se ocuparon esas legislaciones de la usura? ¿No conocieron tambien el contrato hipotecario? ¿No pusieron más de una vez tasa al interes? Pues todas estas materias tienen enlace íntimo con el convenio

censual. Y en cuanto al verdadero y más genuino gravámen, que es el del enfiteusis, sería preocupacion suma negar que tanto en la legislacion romana como en la griega jugó un papel importante.

8. Y aunque fuéramos condescendientes y supusiéramos que en tiempo de la república no hubo censos en Roma, no se puede con visos de razon negar que durante el imperio ya eran familiares las costumbres y leyes de los pueblos conquistados y muy particularmente de la nacion judaica y las que con ella habian tenido íntimas conexiones. Quizá sería aventurado decir, que en el extremo oriente de aquella civilizacion era una cosa comun la contratacion censual; pero es lo cierto que en los libros santos se encuentran grandes vestigios de convenciones de esta especie. El Egipto, ese gran pueblo que dominó inmensos territorios, usó mucho de los censos. No lo decimos nosotros, lo dice el *Génesis* en el capítulo 47, hablando de aquel Faraon que no tuvo reparo en encargar las riendas de su gobierno á José, hijo de Jacob, entronizando así el mando de los judíos. ¿Cómo se remedió la gran esterilidad de siete años de malas cosechas? Comprando el déspota todas las tierras á sus súbditos. ¿Qué hizo despues? Devolvérselas á sus antiguos dueños, que se obligaron á pagar un cánon perpétuo en frutos. Pues como este caso, que tiene comprobante tan intachable como el *Génesis*, se encontrarian repetidos ejemplares en todas las naciones, porque la marcha de la humanidad se parece en muchas de sus instituciones.

9. ¿Y en la antigua Iberia qué se encuentra? ¡Allí en la patria nuestra, en que hubo tantos fueros particulares y legislaciones no escritas, sin duda alguna los grandes guerreros debian dejar encomendadas sus tierras á colonos, que no eran siervos, como hemos defendido en más de un pasaje de este libro, y esa colonia establecida bajo distintas formas, más de una tendria gran semejanza, ya con el *enfiteusis*, ya con el censo consignativo ó reservativo. En esas célebres cartas pueblas, que se encuentran en más de un archivo de pueblos que ya no figuran para nada, pero que en su dia hicieron su papel en la reconquista, el investigador filósofo encontraria algo que decir sobre el modo de cultivar la tierra allá en los siglos desde el XI al XV, especialmente en los países en que empezaron los moradores á vencer á las huestes sarracenas. Ese Aragon, esa Valencia, ese principado de Cataluña no nos dejarian desairados sacando sus viejos pergaminos para demostrar que ántes del

reynado de D. Alfonso, conquistador de Nápoles, que es la fecha en que ya se habla de censos, y en fecha anterior, en tiempos del rey D. Martin, y á fines del siglo XIV, ya se hablaba de esta institucion en uno de los fueros.

10. Abandonemos el terreno de las congeturas y descendamos al exámen de la legislacion de Castilla. Con avidez y hasta con deseo de censurar á los sabios comentadores de las leyes de Toro hemos recorrido, no sólo los epígrafes de los títulos y capítulos de los antiguos códigos, sino muchas de las colecciones de leyes para refutar desde Palacios Rubios hasta Sancho de Llamas, que afirman que los censos no se introdujeron en España hasta fines del siglo XV, é imitando en esto las costumbres de Aragon con el que entónces estaba en comunicaciones tan directas. Nuestro propósito ha salido fallido. No hemos encontrado ni en el Fuero Juzgo, ní en el Real, ni en el Viejo de Castilla, ni en el Ordenamiento, ni en las mismas leyes de Partida nada que pueda confirmar nuestras opiniones sobre una antigüedad más remota de la de ese siglo XV. Al registrar tanto libro viejo se ha despertado en nosotros un antiguo recuerdo que nos produjo más de un mal rato allá en los años del 28 al 34, en que hasta con frenesí estudiábamos los principios económicos bajo la direccion, primero del Sr. Ponzoa y luégo de D. Eusebio del Valle, que explicaban la ciencia en el Conservatorio de la calle del Turco de la capital. Allí se encomendaba á los discípulos más queridos escribir disertaciones sobre puntos difíciles y curiosos. El último de los dos catedráticos, el Sr. Valle, creyó que el autor de este libro tendria suficiencia para disertar sobre *el origen, vicisitudes, progreso y decadencia de los Juros.*

11. No hemos olvidado, despues de cuarenta años, las continuadas visitas que hicimos á la llamada Real Biblioteca, que estaba entónces en el actual ministerio de Marina, y á la de San Isidro, que poseian los jesuitas en su célebre casa de la calle de Toledo. Aquella disertacion mereció los mayores elogios de los condiscípulos y grandes plácemes de nuestro querido maestro, el Sr. del Valle; pero la verdad es que el disertante, á pesar de su juventud, quedó poco satisfecho de su trabajo, porque en realidad no habia descubierto nada sobre esa primitiva institucion del sistema de trampa adelante, que tanto han explotado despues, no sólo los gobiernos de España, sino los de toda Europa.

12. No se crea que vamos aquí á reproducir las ideas que vertimos entónces. No lo podemos hacer, porque nuestra indo-

lencia es tal y nuestro descuido tan grande, que no sólo hemos perdido los primeros trabajos de nuestra carrera profesional y nuestros ensayos científicos, sino que hasta hemos olvidado mucho de lo que entónces pudimos aprender respecto de detalles. Recordamos, sí, confusamente, no haber podido dar con ningun antecedente que nos descubriera quién fué el verdadero inventor de los *Juros*. No estamos distantes de creer que en aquel famoso reinado de las inmoralidades y de las conspiraciones; en aquella fecha en que se manchaba el tálamo real y D. Enrique IV reconocia unas veces y rechazaba otras como su hija, á la que la historia llama la Beltraneja, se echara mano del recurso á que acuden todos los perdidos vendiendo lo más precioso que tienen, lo que á todo trance deben conservar. El doliente é indolente rey debia enajenar lo que no puede enajenar ningun poder público, que son los *tributos* que representan la sangre de los pueblos.

13. Porque lo que sí se sabe es que los Juros se expedian dando en garantía y muchas veces vendiendo las alcabalas, tercias y otras rentas de la Corona. Cuando se ejecutaba lo primero, en realidad se acensuaban esas rentas, y aunque en la contratacion pudiera haber y habia un gran fondo de inmoralidad, porque esos préstamos y esas ventas se ejecutaban á bajo y vil precio, como lo ejecuta siempre todo el que es maniroto y despilfarrador, es lo cierto que el Juro se adquirió generalmente por título oneroso, y que esta renta, que fué la primera deuda de los gobiernos de Castilla, al alterarse, modificarse y suprimirse, abrió una profunda herida al crédito nacional para que despues imitaran aquel mal ejemplo gobiernos que se dicen más ilustrados.

14. Y que fueron muchos los abusos cometidos en la constitucion de los Juros, en su empeño y enajenacion se desprende con solo leer los cuadernos de las Córtes celebradas en tiempo de los Reyes Católicos y con especialidad las reunidas en Toledo en 1480, en donde los procuradores levantaron muy alto el grito y al fin se determinó deslindar qué juros tenian un buen orígen y cuáles se habian adquirido por malos medios.

15. Al engolfarse en el estudio de los acontecimientos de ese triste reinado de Enrique IV, en cuya época estuvo el reino de Castilla al borde de un abismo, salvando á la patria despues los heróicos D. Fernando y doña Isabel, lo cual prueba que esta gran nacion tiene en todo tiempo grandes elementos de existencia, se comprende fácilmente que aquí siempre dominó el

deseo de reformar abusos por más inveterados que fueran. Y sobre ello se encuentra una muestra patente en las 19 leyes que comprende el título 5.°, libro III de la Novísima Recopilacion. Tiene por epígrafe dicho título «De las donaciones, mercedes y privilegios reales,» y empezando por la ley 8.ª, título 12.°, libro III del Fuero Real, concluye por insertar muchísimas decisiones de los Reyes Católicos y de su hija y nieto doña Juana y D. Cárlos, todas referentes á reprimir los infinitos abusos cometidos en esas concesiones y contratos de mala especie.

16. Como muestra nos permitirémos citar las leyes 10.ª y 11.ª, promulgadas, como ya se ha dicho, en las Córtes de Toledo en 1480. En la primera se lee, entre otros pasajes, el siguiente: «Los maravedís *de juro*, que se compraron por razonables precios, si se compraron del Rey, deben ser confirmados, salvo si el Rey los quisiese redimir, dando por ellos el justo precio; mas si se compraron de otros que los hubieron de él, débese mirar cómo los hubieron del Rey aquellos que los vendieron; y si no lo hubieron bien, á los tales se debe descontar si tienen *juros* en que se descuenten; y si no los tienen, débese mandar, que satisfagan á los compradores de lo que les dieron por ellos, y siendo primeramente satisfechos, quitarlos á los compradores.»

17. No es tan interesante la ley 11.ª, aunque en ella se habla de la modificacion y declaracion de las mercedes excesivas hechas por el Rey D. Enrique y áun por los mismos Reyes Católicos. Sin embargo, es interesante su lectura, porque en ella está pintado de mano maestra el estado del Tesoro público y las situaciones angustiosas porque habia pasado España en el anterior reinado. Entre otros trozos, se encuentra en dicha ley el siguiente: «en remedio de lo cual convenia mucho entender, porque si Nos mandásemos haber verdadera informacion de las mercedes que el dicho Señor Rey D. Enrique, nuestro hermano, fizo desde mediado el mes de Septiembre del dicho año pasado de 64, en que comenzaron las turbaciones y escándalos en los dichos nuestros Reynos, fasta que él falleció, fallariamos las más de aquellas haberse fecho por exquisitas y engañosas y no debidas maneras; ca á unas personas las fizo sin su voluntad y grado, salvo por salir de las necesidades procuradas por los que las tales mercedes recibieron, y á otras las fizo por pequeños servicios, que no eran dignos de tanta remuneracion.»

18. No sería descaminado defender que si el Estado empeñaba las rentas públicas y fijaba un cánon perpétuo como pago de réditos, el ciudadano particular le imitara gravando sus pro-

piedades, con cuyos frutos habia de satisfacer el interes que se marcara. Fundados en estos antecedentes han sostenido autores de nota, que el padre legítimo del censo castellano es el juro, porque de antiguo se han hecho la competencia los gobiernos necesitados y los que por desgracias verdaderas ó supuestas tienen que empeñar su patrimonio. Nosotros dudaremos siempre que la ley 68.ª de Toro sea en realidad la primera que hable de censos. Su lenguaje da perfectamente á entender que su constitucion era antiquísima y sólo se trataba de orillar la dificultad sobre el tiempo y condiciones en que la cosa acensuada habia de caer en comiso en el caso de no pagarse los réditos. Sea de esto lo que quiera, lo positivo es que desde aquella fecha el legislador ha tenido que ocuparse mucho de los contratos censuales, como la demuestra el título 15.º del libro X de la Novísima Recopilacion, que contiene nada ménos que 29 leyes promulgadas desde los Reyes Católicos hasta Cárlos IV inclusive. De ellas no haremos específica mencion, porque á nada conduce semejante análisis. El estadista que quiera tomar nociones de las ideas económicas que han dominado en España por espacio de tres siglos, encontrará más de un detalle en esas leyes que descubren el estado de la opinion en los tiempos que se promulgaron, ó lo que es peor, hasta qué punto se despreciaba el derecho de propiedad y se disponia con un desenfado que no tiene ejemplo, que los fondos de los particulares se llevaran á las arcas del Tesoro para no pagar despues ni réditos ni capitales.

19. Ya hemos visto cómo en tiempo de los Reyes Católicos se respetaba la libertad de la contratacion. La ley 68.ª decia, cuando se estipula que el censualista que no pague pierda la cosa, cualquiera que sea el plazo que se fije, obedézcase. Esto quiere decir que la cosa caiga en comiso, lo cual era forzoso respetar aunque esa pena fuera mayor de la mitad del justo precio aludiendo á la lesion enorme. El legislador no puede convertirse en pedagogo del interes individual: el país en que el gobierno se tome el trabajo de ser el tutor universal, no de los desvalidos, sino de todos los ciudadanos, en esa nacion se entronizará á muy luégo el más feroz despotismo. Así aconteció en España á poco del fallecimiento de los Reyes Católicos; y sin salir de nuestra jurisdiccion, y examinando las leyes de censos, se encontrará la exactitud de nuestro aserto.

20. Se hizo, sin duda, de moda gravar las fincas, ó sea constituir cargas censuales, que era necesario reglamentar para que no se causaran perjuicios á tercero con repetidas imposiciones,

quedando ilusorios los últimos contratos que se celebrasen. El primer destello de la *inscripcion*, el establecimiento de las contadurías de hipotecas se encuentra en las peticiones de los procuradores que concurrieron á las Córtes de Madrid en 1528 y á las de Valladolid de 1548 y 1558. Todas las solicitudes que entónces se hicieron sobre censos, produjeron una resolucion obligando á los imponedores de estas cargas á declarar cuántos eran «los censos ó tributos que hubieren puesto sobre sus casas ó heredades, ó posesiones; so pena que si así no lo hicieren, paguen con el dos tanto la quantia que recibieron por el censo, que así vendieren y cargaren de nuevo, ó á la persona á quien vendieren el dicho censo.» Así está redactada la ley de D. Cárlos y doña Juana y que ratificó Felipe II.

21. No merece iguales elogios la resolucion que por aquellos mismos tiempos se tomó, prohibiendo que los censos al quitar se pudieran establecer fijando renta que no consistiera en dinero. Si el rédito consistia en pan, vino, aceite, leña, carbon, miel, cera ú otro género de cosas que no sean dinero. Estas imposiciones tenian que reducirse á metálico, y esto debia ejecutarse tomando por base el capital dado á respeto de 14.000 maravedís el millar, dice la ley, y que hoy con lenguaje más vulgar diríamos *al siete por ciento.* Bien se comprende que, aunque esta renta no dejaba de ser pingüe, siempre se iniciaba el principio de la *tasa*, que tan contraria es á las reglas y buenas teorías económicas. Aun los gobiernos que se llaman fuertes, se encuentran desairados cuando se empeñan en aclimatar instituciones y leyes que el comun de las gentes rechaza. El mismo Felipe II, no sólo intentó establecer la *tasa* y convertir á dinero los censos que consistian en frutos, sino que quiso extender el precepto de la anterior ley á los *contratos vitalicios*, en que tan varios y tan distintos pueden ser los antecedentes, porque no es lo mismo la vida de una persona que tiene veinte años, como la del que ha cumplido cincuenta. El vitalicio en el primero tiene que ser más corto, porque lo probable es que viva muchos más años, al paso que el segundo por regla general sucumbe al poco tiempo. Las tablas de mortalidad se tienen muy á la vista hoy al fijarse los seguros de la vida, y nada sería más absurdo que establecer la tasa tomando una regla fija para todos los casos, como lo ejecutó el mismo Felipe II en su pragmática de 1583 diciendo que el precio justo de un vitalicio sea de 7.000 maravedís el millar, y que esto no pueda ejecutarse por dos ni más vidas.

22. Y no deja de ser curioso, que ocupándose por aquellos tiempos la Santa Sede de regularizar tambien los censos, Felipe II prohibia que se diera entrada en España á dicha legislacion siquiera tuviera por autor á San Pio V. Así se determinó en las mismas Córtes de Madrid de 1583, declarando que el *propio motu* de dicho San Pio V no estaba recibido en estos reinos. Los ultramontanos de hoy creerian que se comete una verdadera herejía al hablar con ese desden de las disposiciones de Roma.

23. Son innumerables las disposiciones tomadas para convertir á redimibles los censos perpétuos y reducir á metálico los que consistian en frutos de diversa especie, así como se reprodujeron de distintas maneras las *tasas*, ya disponiendo en las pragmáticas de 1608 y 1621, que el rédito de los censos al quitar se redujera al 5 por 100, rebajando de esta manera al 2 el interes del siete que ántes se pagaba.

24. Y lo sensible es, que estas malas teorías fueran doctrina corriente en los tiempos de D. Felipe V y D. Fernando el VI, que fueron unos buenos reyes. El primero promulgaba en 12 de Febrero de 1705 una inícua pragmática en que se encuentra el siguiente pasaje notable: «Y para ello ordenamos y mandamos, que de aquí adelante no se pueda imponer ni constituir censo al quitar á ménos precio que de 33.000 y un tercio el millar; y que los contratos de censos que en otra manera se hicieren, sean en sí ningunos y de ningun valor ni efecto, y que no se pueda en virtud de ellos pedir ni cobrar en juicio ni fuera de él más de á la dicha razon y respecto: y mandamos que ningun Escribano de estos nuestros reynos pueda dar fé, ni haga escritura ni contrato á ménos, pena de privacion de oficio; y que los censos hasta entonces fundados á ménos precio de los dichos treinta y tres y un tercio de millar, queden desde luego reducidos á él; y los réditos que en adelante corriesen, se reduzcan y baxen á la dicha razon de treinta y tres mil y un tercio de millar, que se han de entender y practicar á tres por ciento, y que á este respecto y no más se cuenten y paguen en adelante: lo cual se guarde sin embargo de lo dispuesto por las leyes referidas.»

25. Fernando el VI, siguiendo lá misma corriente, expidió en 6 de Julio de 1750 otra pragmática igual haciendo extensiva la ley anterior al reino de Aragon, y declarando que la reduccion del 5 al 3 por 100 habia de entenderse en todos los censos consignativos, reales, personales ó mixtos, que estuvieren crea-

dos ó se fundaren en adelante, sin embargo de cualesquier firmezas, cláusulas y pactos que tengan sus escrituras, aunque sea el reservativo de dominio que se practica en algunos territorios.

26. Aunque no son defendibles, se explican los arreglos y reducciones de la deuda pública que han ejecutado con más ó ménos oportunidad muchos de los gobiernos de Europa, con lo cual se han declarado en vergonzosa quiebra. Pero lo que no se concibe, lo que no se explica, es que legisladores sabios y entendidos hayan dicho que unos ciudadanos ricos ó pobres terratenientes, que pagaban ántes el 5 por 100 en virtud de contratos solemnes garantizados por la ley, paguen en adelante sólo el 3 por 100, es decir, casi la mitad de lo que ántes pagaban. Y como consecuencia forzosa é indeclinable de semejante regalo, era que el censualista que cobraba el 5 por 100 en virtud de un contrato solemne garantizado por la ley, con lo cual sin duda podria, en muchos casos, atender con escasez á sus necesidades, este acreedor perdia tambien casi la mitad de su renta para que se la ahorrara tal vez un censatario que estuviera nadando en la abundancia. Como adoramos la justicia, como la felicidad del género humano ha sido siempre nuestra idolatría, allí donde vemos el capricho y la sinrazon, formulamos los cargos más severos. No parece sino que los censualistas de España eran los legítimos sucesores de aquellos célebres usureros de Roma á quienes el pretor y los emperadores tanto persiguieron, protegiendo por cierto á la juventud perdida de la gran ciudad y á las sibaríticas matronas que tambien sabian contraer grandes deudas. Las penas de la usura no mejoraron las costumbres del gran pueblo, ni las leyes de la tasa impidieron que las propiedades se gravaran con réditos enormes, no creando censos, sino acudiendo á otros contratos de que luégo nos hemos de ocupar, examinando el gran principio de que el interes del dinero obedece á la mayor ó menor abundancia de capitales sin colocar, ó lo que es lo mismo, al axioma de la oferta y la demanda, verdadero regulador del precio de todas las cosas. Pero concluyamos con reseñar las vicisitudes que sufrieron las cargas censuales en el último tercio del siglo pasado y lo que va del presente, hasta que en realidad han sido reemplazadas con otras estipulaciones que garantizan mejor los derechos del capitalista, que despues de todo es el que tiene que ser mimado por el que necesita, y cuya regla inflexible no puede ni debe contrariar el legislador más que en pocos y rarísimos casos.

27. El gran Cárlos III legisló poco sobre censos. Únicamente en 5 de Abril de 1770 dió su aprobacion á un auto acordado del Consejo fijando reglas para el pago de un solo laudemio de los censos perpétuos en las ventas y fábricas de casas de Madrid. Algo censurable se encuentra en las 20 reglas fijadas para llevar á efecto una disposicion en un solo punto de la Península; pero en general es plausible el contenido de esos veinte artículos que afectaban únicamente á los propietarios de Madrid.

28. Más genérica y tambien más digna de aplauso es la circular del Consejo que se habia dado y publicado en 1.° y 3 de Julio de 1761, prohibiendo la constitucion de censos contra los propios de los pueblos sin obtener para dichas imposiciones la oportuna Real licencia, no bastando para su estabilidad y firmeza que dichos capitales censuales se hubieran convertido en beneficio procomunal. El contexto de esa ley demuestra que áun en los tiempos en que el principio de autoridad estaba á la mayor altura, el caciquismo levantaba de vez en cuando la cabeza y hacia de las suyas. Este es un mal social al que difícilmente se le pone remedio, y ménos aún en España, cuyos habitantes, al paso que tienen cualidades brillantes y envidiables, hay algo en su sangre que altera su espíritu y le conduce á la insubordinacion é indisciplina.

29. Quisiéramos concluir aquí la historia de los censos y no engolfarnos en el exámen de las muchas disposiciones adoptadas sobre la materia en el triste y desgraciado reinado de Cárlos IV. Todo lo que se hizo y ha merecido nuestra censura en los tiempos de Felipe V y Fernando VI, rebajando los réditos del 5 al 3 por 100 y áun los que estuvieren constituidos á mayor interes, no permitiendo que en adelante se celebraran contratos censuales sino bajo de ese tipo, era pequeño é insignificante al lado de las medidas financieras adoptadas por aquel favorito célebre, que manchó la historia del aquel reinado.

30. No se crea que vamos á hablar de las redenciones de censos pertenecientes á los propios y bienes comunes de los pueblos, porque al fin en esta mano muerta ejercia el poder público toda su jurisdiccion, por más que para nosotros la propiedad colectiva sea tan digna de respeto como la individual. En el instante que se admitan distinciones y se constituyan privilegios, por esa puerta falsa se entrará el veneno que ha de causar la muerte de la institucion favorecida. Pero es lo cierto que todas las medidas adoptadas contra corporaciones en que el ciu-

dadano no está interesado de un modo directo, no causan el mismo escándalo ni producen la misma perturbacion que cuando el individuo ve disminuir su patrimonio y la fortuna de sus hijos. Por estas consideraciones, prescindimos que abrace la redencion de censos sobre propios y arbitrios de los pueblos, modo de verificar las redenciones de aquellos que correspondieron á los jesuitas, manera de hacer la redencion del famoso censo de poblacion en el reino de Granada y haciendo por último caso omiso de las nuevas imposiciones de los depósitos públicos en la renta del tabaco, lo cual nos vendria á demostrar que, no sólo en los tiempos antiguos, sino tambien en los modernos se empeñaban y gravaban las rentas del Estado. Materia amena y curiosa que tenemos que echar á un lado para hablar de dos ó tres leyes que quisieron acabar completamente con los contratos censuales.

31. Se halla en primer término la real órden de 18 de Diciembre de 1798, en que se disponia: que todos los censos que gravitaran sobre bienes de mayorazgo, los cuales se enajenaran imponiendo su producto en las arcas públicas, segun el real decreto que se habia publicado en 19 de Setiembre del mismo año, se pagaran sus réditos en adelante por la Hacienda nacional, porque los capitales de dichos censos se habian de depositar en la caja de Amortizacion si los censos eran redimibles y los dueños quieran dejar allí sus capitales. Mas si estos correspondian á obras pías, capellanías, memorias, aniversarios, patronatos de legos ú á otros establecimientos piadosos, quedaran precisamente subrogados en la expresada caja de Amortizacion. En cuanto á los censos perpétuos ó enfiteúticos no se introdujo novedad, quedando firmes y marchando unidos á las fincas que les servian de hipoteca.

32. Se desprende del contenido de esa ley, que el *anima vili* era la mano muerta que estaba representada por capellanías, aniversarios, etc., aunque tambien comprendia los patronatos de legos, que en realidad era un derecho más digno de respeto; pero el particular dueño de un censo redimible, no se le obligaba á dejarlo en la caja; y en cuanto á los enfitéuticos y demas cargas perpétuas, seguian existentes y unidos á las fincas hipotecadas. Ya veremos cómo á muy luégo desaparecieron todos esos escrúpulos, y no sólo se legisló sobre los censos redimibles, sino sobre los perpétuos y sin contar para nada con la voluntad de los dueños de estos capitales. ¡Cuán exacto es que el plano inclinado por donde se despeña la arbitrariedad recor-

re las distancias con una prontitud mayor, como si el declive se hiciera más pronunciado con el fin de llegar más pronto al abismo!

33. En efecto, en 6 de Noviembre de 1799, se promulgó el famoso decreto para redimir con vales reales los censos perpétuos y al quitar. Comprendemos que en aquellos tiempos, ningun publicista ni ningun abogado se atreviera á levantar su voz clamando contra tanta iniquidad, porque esto era peligroso; pero la verdad es, que no hemos leido grandes censuras en los historiadores, ni en los legistas ni en los discursos de los padres de la patria, que se reunieron en Cádiz, contra un atentado semejante. Sin duda muchos creerian que en realidad los censualistas iban á recibir las ventajas que se indicaban en ese decreto. Su principal fin era disminuir la *circulacion de los vales reales*, lo cual no habia de acontecer miéntras el gobierno pudiera hacer, como hizo, nuevas emisiones. Y en cuanto á que esa circulacion del papel del Estado fuera mayor ó menor, debia tener sin cuidado á los dueños de los censos, que no esperarian perder su propiedad para que los poseedores de la deuda pública mejorasen su situacion. Absurda, antisocial es la doctrina despótica de que la fortuna de todos los individuos de una nacion es responsable al pago de las deudas contraidas por gobiernos arbitrarios y despóticos. Pues todavía es aún ménos defendible, que una sola clase de propietarios sean las víctimas y conviertan su misma propiedad en un papel mojado que les ha de dar el mismo gobierno.

34. Porque lo singular de ese decreto es, que al hacer obligatoria para el censualista la redencion, se le dice que con ella va á ganar mucho, porque no teniendo de renta más que 3 por 100, los vales reales con que se han de redimir, producen el 4 por 100, y de ellos se tomará la oportuna nóta en la tesorería general en que se especifique esta circunstancia, para que el censualista perciba los intereses anuales, hasta que la real Hacienda amortizara dichos capitales. Pregúntese á tanto infeliz como anda por el mundo y cuyos padres fueron víctimas perdiendo sus pequeñas ó grandes rentas que tenian en censos y por los que recibieron esos vales reales, cuyos réditos se pagaron en muy contados años.

35. Medida tan trascendental, exigia extensos reglamentos é instrucciones, y en efecto, se publicaron en 28 de Marzo de 1801 y 15 de Diciembre de 1804, unas verdaderas cartillas con extensos articulados y con el objeto de amplificar más la liber-

tad de la redencion para que el gobierno contara con mayores recursos. Algunos gravámenes tuvieron la fortuna de quedar exentos de semejante conversion. Tales fueron los foros temporales de Galicia y Asturias, que cabalmente serán siempre un dogal para estas provincias, porque todavía los hombres públicos de España no han encontrado un medio de concluir definitivamente con esa institucion anómala, que tiene todos los inconvenientes de las cargas perpétuas y ninguna de sus ventajas.

36. Lo singular y pasmoso es, que no se redimieran todos ó la mayor parte de los censos; y meditando sobre este hecho, sólo encontramos explicacion diciendo: que generalmente las grandes ofertas de Gobiernos desacreditados no tienen eco y que las personas favorecidas temen que mañana ese beneficio que se les otorga, se convierta en daño propio. Por eso los especuladores arriesgados hacen fortunas colosales, sacando de los tesoros exhaustos de naciones en ruina el 20 y el 30 y áun el 40 por 100 anual, cuando sus especulaciones tienen feliz éxito; pero de cuyas ventajas no quiere aprovecharse ningun hombre prudente, arriesgando en tan atrevidas empresas el porvenir de sus hijos.

37. Quedarón, pues, y aún subsisten muchos censos, foros y otras cargas de esta naturaleza que en distintas provincias tienen diversos nombres, y que no podemos ni debemos calificar aquí por razones que ya comprende el lector, así como tampoco nos censurará que no detallemos con el rigor de un institucionista la definicion de cada una de sus clases. Dijimos, al principiar el comentario de esta ley, que el primitivo, el genuino censo que se habia conocido en todas las naciones era el enfitéutico, que en rigor consistia en dividir el dominio, quedándose el antiguo dueño con el directo y trasmitiendo á otro el aprovechamiento ó percepcion de frutos con las obligaciones consiguientes á todo cultivador y con la obligacion de pagar una pension anual perpétuamente, porque si bien no está prohibido establecer el enfiteusis por un número determinado de años, entónces ya en realidad varía el contrato y puede decirse que es más bien un préstamo con hipoteca. Como hoy la ley hipotecaria autoriza plenamente los contratos por los que se enajena ó empeña la fincabilidad sin tener para nada en cuenta el precio, nosotros sostendremos que el enfiteusis puede establecerse á mayor precio que el de 3 por 100, que era la antigua tasa.

38. Lo más notable de este censo enfitéutico es el derecho

de laudemio ó luismo, que consiste en percibir una parte del precio de la cosa cuando ésta se enajena. En Castilla sólo importa el 2 por 100, derecho soportable y justo, porque si la cosa prospera por los esfuerzos del señor del dominio útil, en más de una ocasion ese aumento de valor se debe á las circunstancias de la cosa censida. No basta decir que el dueño de un censo, v. gr., de una gallina y cuatro reales anuales, recibe despues, al redimirse este capital á los dos ó tres siglos, 15 ó 20.000 duros, como hemos tenido más de un ejemplar representando á casas ilustres en las ventas de inmensos terrenos que, siendo campo erial, se cedieron en enfiteusis y luégo se convirtieron ó en magníficos edificios dentro de poblaciones en que se paga á gran precio el pié de terreno, ó en ricas fincas que hoy producen ópimos frutos. Podrán en Valencia quejarse de que el luismo, ó sea ese derecho del señor del dominio directo, asciende al 10 por 100, lo cual creemos que hoy ha caido en desuso, aunque no lo afirmamos por manejar pocos negocios de aquella provincia; pero miéntras no se varíen aquellos antiguos usos y costumbres, no se pueden perjudicar los derechos de los que fueron en otro tiempo dueños de las fincas y las cedieron bajo ciertas y determinadas condiciones que es preciso cumplir.

39. Por más que sean pocos ó muy raros los casos de pertenecer los bienes del enfiteusis á manos muertas, porque hoy tienen éstas prohibicion de adquirir y ménos conservar bienes inmuebles á perpetuidad, no estará de más decir que ya que no pagaban laudemio esas manos muertas, porque no podian vender, así se satisfacia cada quince años la cantidad correspondiente como si se enajenara la finca.

40. Concluiremos diciendo sobre el enfiteusis que el dueño directo tiene ademas un privilegio que no puede ménos de reconocer el señor del dominio útil. Este privilegio es el de *tanteo*. Siempre que haya de enajenar el enfiteuta la cosa, está en la precisa obligacion de ponerlo en conocimiento del antiguo propietario, que puede adquirir la finca por el precio que se vende, que es lo que en el derecho se llama derecho de retraer, y de cuya interesante materia nos ocuparemos comentando otra ley. Por ahora nos bastará decir que si el señor del dominio útil no llena la formalidad de dar cuenta del contrato que va á celebrar al que verdaderamente es su condomino, se expone á incurrir en vicio de nulidad y mucho más, porque tambien goza el señor del dominio directo del derecho de oponerse á que la cosa censida pase á manos de persona que no ofrezca bastantes

garantías para pagar las pensiones. Para nosotros el ejercicio de este derecho es muy delicado y nos miraríamos mucho en dar consejo para que el censualista hiciera oposicion á una venta determinada.

41. Sigue en el órden y es el verdadero y legal censo el reservativo, que le definiremos como le define nuestro querido Pavor de Sala. El censo reservativo ó retentivo se constituye: *Quando alguno dá á otro alguna cosa raiz transfiriéndole todo el dominio directo y útil, reservándose cierta pension anua en frutos ó en dineros que le ha de pagar el que le recibe.* En puridad, ¿qué diferencia hay entre este contrato y el enfiteusis? Prácticamente ninguna, porque el dueño es el único que puede imponer las condiciones como la necesidad no le obligue á desprenderse de sus fincas. Hay, sin embargo, la enorme diferencia de conservar los pingües derechos del laudemio y aparecer siempre como señor del dominio directo, todo lo cual se pierde en el censo reservativo y por lo que se supone que en el enfiteusis hay necesidad de mayor trabajo y más grandes gastos para hacer fructífera la finca. De todos modos, el notario que intervenga en la redaccion de estas escrituras debe poner gran esmero en la especificacion de los derechos para que en su dia no haya lugar á contiendas judiciales que á todo trance se deben evitar, porque, como haremos ver luégo, ese mismo censo reservativo suele confundirse aún más con el *consignativo*, del que tenemos que decir algunas palabras.

42. Así como el adquirente de los censos enfitéutico y reservativo se desprende de su tierra ó casa para que el que la recibe le dé un interes, que se llama cánon, en el censo consignativo sucede al reves: que el dueño de la cosa toma una cantidad y con ella grava su finca y se obliga á pagar una pension, la cual pesará sobre esa hipoteca ínterin no se redima y pague el capital, y por cuya causa, en realidad, se llama este censo *al quitar* y así le denominan las leyes recopiladas, y con especialidad desde que todos los censos se hicieron redimibles.

43. Recuérdese que en más de un pasaje hemos dicho que el contrato hipotecario es antiquísimo, porque lo son los préstamos con las garantías de las tierras y edificios, como lo son tambien los enfiteusis, y que si los viejos códigos de Grecia y Roma no los llamaron censos, no por eso se desconocian esos pactos que en ocasiones dadas salvan la honra y bienestar del padre de familia. ¿Quién duda que el hombre previsor tiene en muchos casos que usar del crédito y pedir á préstamo y empe-

ñar su caudal para atender á mil necesidades de la vida? Pues esto se ha ejecutado en todo tiempo á plazos más ó ménos largos, y en realidad dando en garantía sus capitales, no ha hecho otra cosa que constituir censos consignativos con más ó ménos propiedad. Hoy ya no se da ni debe dar este título á los préstamos con garantía, ni á las retroventas, que por cierto son las más peligrosas y que aconsejamos á todo padre de familia previsor prefiera pagar un rédito más subido que admitir esa escritura de empeño, ese dogal que le apriete tanto que pueda ser su completa ruina.

44. Y permítasenos suprimir la narracion que pudiéramos hacer de los distintos caractéres del censo valenciano y del catalan y del aragonés y de los de otras provincias que se amoldaban á las costumbres de los siglos XV, XVI y siguientes, y con particularidad á los dos últimos en cuya época estuvieron en mayor prosperidad. Los censos hicieron su camino, como acontece á la mayor parte de las instituciones humanas. Tienen su época de prosperidad; á su creacion suele producir buenos resultados y despues viene la decadencia, ya porque pasó su tiempo, ya porque se abusara de la misma institucion desnaturalizándola. Hemos dicho, tratando del mayorazgo, que su creacion contribuyó no poco á la reconquista; pero que despues, entre los infinitos inconvenientes que tenía la amortizacion, la desigualdad filial y la más perfecta holgazanería, todo esto era insignificante al lado del enjambre de ridículos vinculistas que tenian todos los vicios y necesidades de los grandes aristócratas y ninguna de sus buenas cualidades. ¿Quién duda que nada más previsor y prudente que los que tienen la vocacion del sacerdocio pudieran contar con medios para educarse y mañana para subsistir? Pues este ideal tan digno de alabanza llenó la Península de patronatos, capellanías y otras instituciones análogas que parecia que sus habitantes habian de necesitar cada uno un clérigo para que le enseñase la doctrina cristiana. Las consecuencias han sido bien funestas, porque las avalanchas revolucionarias han echado por tierra esas mismas instituciones que en su tiempo y ocasion pudieron y debieron modificarse y reformarse en vez de arrancarlas de raíz despues.

45. Lo propio en cierto modo ha venido á suceder con los censos. Cuando no se conocian los Montes de Piedad ni las Cajas de Ahorros ni otros establecimientos, que fuera de España dan los más sorprendentes resultados, no tenía el hombre laborioso y previsor dónde colocar sus pequeñas economías y la

conservacion de una cantidad metálica, que siempre ofrece peligros de todo género, el mayor de sus inconvenientes es que no da renta, porque hasta el último de los campesinos sabe repetir el adagio vulgar y exacto de que el dinero no pare dinero. Fué, por lo tanto, un hallazgo la invencion del censo, que estaba al alcance de todas las fortunas y que en sus principios no se metió á regularizarlo minuciosamente el legislador, porque, estando subsistentes y vivas las leyes de la usura, los que daban su dinero, consignándolo en fincas que se les hipotecaban, no podian exigir unos cánones excesivos por réditos.

46. De estas pequeñas indicaciones se deduce, que no pertenecemos á ninguna de esas dos escuelas exageradas de impugnadores acérrimos de la carga censual, ni ménos somos apologistas entusiastas de ese gravámen de perpetuidad que ha perjudicado no poco al desenvolvimiento de la riqueza pública. Los antiguos comentaristas se dividieron y se hicieron la guerra más cruel, faltándose hasta á las consideraciones de buena educacion, como puede convencerse cualquiera leyendo al gran Molina, Gutierrez, Çovarrubias, Acevedo, Orozco y Matienzo y otros veinte que pudiéramos citar, y cuyos libros hemos hojeado nada más que para ver si podíamos sacar algun fruto al tratar de esta materia interesante, porque al fin esa ley de Toro que venimos comentando dejaba la más absoluta libertad en la manera de constituir el censo, y luégo hemos visto que leyes posteriores hicieron rebajas y rebajas y desnaturalizaron el censo convirtiéndole en deuda del Estado.

47. Todo esto descansaba en un error notorio, cual era fijar un tipo de interes al dinero, que no tiene más pauta ni más regla que el gran principio de la oferta y la demanda. Los metales preciosos, si bien son instrumento general de cambio, tienen un valor intrínseco y se venden y se cambian en el mercado segun son esas necesidades de esa misma oferta y de esa misma demanda. Cuando una nacion está en decadencia, allí vale mucho el dinero, es decir, todas las demas cosas bajan de precio. Y esto no sucede porque el numerario se haya aumentado en el mundo desde el descubrimiento de las Américas, calculando unos economistas que la plata está en proporcion de uno á cinco y el oro con la explotacion de las Californias se aproxima á este mismo aumento. No, los rendimientos de los capitales descansan ademas en otras causas y circunstancias. En tiempos de calamidad y de revolucion los capitales se esconden, y naturalmente el rédito del dinero sube. Cuando un

país es bien regido y gobernado, allí el interes del dinero baja de una manera prodigiosa, no sólo porque abundan los capitales en metálico, sino porque hay garantías y seguridad. Cuesta mucho lo que está escaso y por eso el trigo vale mucho cuando hay malas cosechas y por eso tambien los judíos del tiempo de D. Enrique el Doliente prestaban á grande interes. Los economistas de fines del siglo pasado y del primer tercio del presente, Smit, Say, Destrut de Tracis, Ricardos, nuestro sabio Fernandez Navarrete, Jovellanos y otros no contrarían esta doctrina nuestra, sino que, por el contrario, rechazando la tasa, ni siquiera la admiten en los artículos de primera necesidad; pero al mismo tiempo reconocen, que siendo una virtud previsora la economía, nada más plausible que el empleo de esas pequeñas porciones individuales en la reproduccion. El propietario de fincas saca más ventaja de recibir préstamos de esta manera, que como los recibe hoy á pagar con los frutos de la cosecha, satisfaciendo el 12 y hasta el 20 por 100 en muchas provincias de España. ¿De qué procede esto? Procede de las convulsiones políticas, de la inseguridad, de los malos gobiernos, del oscuro porvenir de la querida patria. Cuando el capital, ó huye, ó el que se arriesga le hace producir el 10, el 12 y hasta el 40 por 100, no es fácil encontrar dinero al 3 por 100 acensuando sus fincas. Si se exceptúa algun caso rarísimo, estamos seguros que en el espacio de veinticinco años no se ha establecido ningun gran censo como los que se impusieron en el siglo pasado en los prósperos reinados de Fernando el VI y Cárlos III. Hoy existen en Europa medios más adecuados de dar producto á esos pequeños capitales. Los seguros de la vida y las cajas de ahorro llegarán á matar con el tiempo, no sólo los caducos gravámenes, como son los censos, sino las ideas desorganizadoras que quieren concluir con la industria y con el capital. Los bancos hipotecarios, cuando tomen verdadera carta de naturaleza y no estén en manos de cuatro atrevidos especuladores, que no tienen ni capital ni moralidad, podrán auxiliar á los dueños de fincas sin necesidad de imponer gravámenes perpétuos, y estos llegarán á concluirse, porque diariamente se suprimen infinitos censos en cada transmision que se hace de la propiedad. Esta sola observacion basta para demostrar que ya no es útil la institucion censual. El legislador no puede ni debe suprimirla; pero sí hacer que desaparezca la tasa, que no tuvo razon de ser en lo antiguo y ménos la tiene ahora en que la libertad de la contratacion debe ser absoluta. En todos tiempos han existido

propietarios y ricos que se arruinaron por sus desaciertos, por su prodigalidad, por sus malas especulaciones, etc.; pero esto no lo puede remediar el legislador, porque la ley no tendrá en perpétua tutela á la humanidad. En casos determinados podrán servir de escudo las leyes sobre lesiones, que más de un legista severo tambien rechaza. Y cuando las mismas leyes de prodigalidad y de incapacidad personal no sean suficientes, no se puede acudir á remedios que han de producir peores resultados que la enfermedad que se trata de curar.

48. Como á la conclusion de cada capítulo extenso, tenemos que hacer la misma protesta de desconfianza, los censos, aunque no se les considere existentes más que desde mediados del siglo XV, al fin vienen mezclados con la propiedad territorial y urbana de España y las leyes promulgadas sobre ellas, y si se quiere, remontándose á más antiguo orígen, porque los códigos viejos y especialmente las Partidas hablan mucho del enfiteusis, descubren cuáles son las ideas económicas que dominaron en cada siglo y en cada reinado. A grandes rasgos hemos procurado describir todo lo que creemos que es muy útil y necesario. Si el lector quedara descontento, perdónenos nuestra insuficiencia y revuelva los muchos pergaminos que en más de una ocasion nos han desesperado, pero mostrándonos siempre agradecidos á lo mucho que hemos aprendido en esos libros viejos. Proclámese la incorreccion de nuestro libro, pero hágasenos la justicia de que hemos procurado tratar todas las cuestiones jurídicas con la suficiente claridad para que se nos entienda.

49. Ya que hemos dado tanta extension al tratado de censos, ya que por mucho tiempo han de ocuparse los juristas de esta institucion, porque los títulos de la propiedad rústica y urbana han de estar manchados con estos gravámenes, procedente es que digamos algo de lo que ha resuelto y decidido el Supremo Tribunal en varios litigios que se han presentado á su exámen.

50. Ocuparia el primer lugar, todo lo referente á prescripcion; pero en otro comentario hemos hecho mérito de esta novedad, que ha venido á establecer jurisprudencia. Repásese lo que hemos expuesto en el comentario de la ley 63.ª, y no tenemos necesidad de reproducirlo aquí, ni ménos copiar las sentencias en que apoyamos nuestras doctrinas.

51. Tampoco deberíamos decir nada sobre el modo de constituir los censos, porque si hoy son muy pocos los casos en que se fundan celebrándose otros contratos, que han venido á reem-

plazarlos, no habia para qué tratar de lo que en realidad está anticuado. Sin embargo, la institucion del censo existe, y además son muchos los que hoy gravan la propiedad y que dan lugar á cuestiones entre censualista y censatario, y una de estas cuestiones más importante es la de si se ha de celebrar el contrato por escritura pública, segun así lo ordena la ley 28.ª, título 8.º, Partida 5.ª hablando del enfiteusis, que dispone que se redacte por escrito, *ca de otra guisa non valdria.*

52. El texto de la ley es bien explícito y parecia consiguiente que se acatara y obedeciera, con tanto más motivo, cuanto el precepto está calcado en los buenos principios. Sabido es, que el dominio de las cosas inmuebles, cuando se trasmite por compra-venta, tiene que efectuarse por escritura pública, porque no basta que un par de caballeros digan yo vendo á D. N. la finca A que me pertenece y yo la compro por tal precio. Ningun registrador de la propiedad inscribiria un contrato de esta especie. Pues lo mismo acontece con la constitucion del censo, en que en realidad se trasmite parte del dominio de una finca rústica ó urbana. Y no queremos citar las leyes del impuesto y las promulgadas sobre el notariado, en las que se encontrarian disposiciones análogas para sostener, que no hay verdadero censo ni enfitéutico, ni reservativo, ni consignativo, como no se haya constituido por medio de escritura pública.

53. ¿Quiere esto decir, que el que no tiene tal documento, no puede reclamar las pensiones, y por consiguiente no tiene el derecho de cobrarlas, no admitiéndose la prueba de la posesion inmemorial? No y mil veces no. Los tribunales tienen que rendir homenaje á otros principios, que modifica esa legislacion dura é inflexible.

54. Siempre que se pueda probar la existencia del gravámen por medios supletorios, el que utilice estos recursos y los justifique, vencerá. Así lo demuestran las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de 10 de Diciembre de 1858, 10 de Noviembre de 1860, 9 de Marzo de 1861, 9 de Abril de 1864, 24 de Setiembre de 1865, 19 de Febrero y 14 de Marzo de 1866, 26 de Febrero de 1867 y 9 de Julio de 1868, que pueden consultarse.

55. Ya se ha dicho que, no sólo las leyes recopiladas, sino la hipotecaria en muchos de sus artículos, exigen la anotacion en los registros para las cargas censuales hasta el punto de que no se podrá repetir contra las fincas aunque se utilicen escrituras públicas si de estas no se ha tomado razon. La senten-

cia del Tribunal Supremo de Justicia de 22 de Noviembre de 1860 es categórica y terminante en este punto.

56. De mayor trascendencia es la cuestion de caer en comiso la cosa sino se pagan los réditos en el término de tres años y dos si es iglesia. La ley 28.ª, tít. 8.º, Partida 5.ª está terminante hablando del enfiteusis, y aplicándola otros autores á los demas censos, han querido que éste fuera un precepto contra los morosos en el pago de las pensiones. Somos partidarios acérrimos de que todo el mundo cumpla con sus obligaciones y satisfaga sus compromisos; pero de ninguna manera podemos admitir que siempre y sin excusa alguna se imponga una pena inmerecida al que tal vez no haya cometido ni la más ligera falta en el atraso del pago de réditos. Desde ahora aseguramos que no se podrá citar un solo ejemplar en que se haya aplicado esa ley de Partida, que segun nuestra opinion está en desuso. Nosotros no la conocemos, y registrando la coleccion legislativa, nos encontramos con un fallo del Supremo Tribunal en que se desestima esa pena del comiso, supuesto que admite cualquier causa justa que haya impedido el pago de los intereses caidos; y aunque el que paga el censo no alegue esta razon, deja el Tribunal al arbitrio judicial que decida esta contienda. Insistimos, pues, en nuestras afirmaciones de que nunca se ha llevado á efecto la declaracion del comiso, y hoy es jurisprudencia constante, segun la sentencia de 29 de Abril de 1868.

57. Inclinados estábamos á no decir nada sobre si puede ó no constituirse el censo pagando las pensiones en especie despues de la promulgacion de la ley 3.ª, tít. 15.º, lib. X de la Novísima Recopilacion, en que se prohibe fundar censos al quitar en especies que no sean á dinero, cuya determinacion se ratificó despues en 1548 por D. Felipe II en las Córtes celebradas en Madrid, recibiendo todavía mayor sancion si cabe, porque el mismo Felipe II promulgó una pragmática en 1573, haciendo general y extensiva esa doctrina á todos los gravámenes. Mandó se redujesen á dinero las pensiones de los censos perpétuos fundados en pan, vino y otras especies. Y sin embargo de leyes tan claras, expresas y terminantes, insertas todas en la Novísima Recopilacion, siempre fueron varios y legítimos como implícitamente vino á reconocerse en otras dos leyes recopiladas, que son la 22.ª y 24.ª del mismo título y libro, y promulgadas en 1801 y 1805. Teniendo en cuenta estas disposiciones, el Tribunal Supremo reconoció, en 26 de Setiembre de 1860, que pueden imponerse censos en especie lo mismo que en dinero.

58. Más ardua y penosa es la discusion sobre si los censos son indivisibles. Acontece con estas cargas lo que con la propiedad de ciertas cosas. Un pedazo de tierra, una comarca puede dividirse fácilmente. Un árbol, una casa, un artefacto industrial es indivisible materialmente, aunque pueda ejecutarse esa division legalmente. En materia de propiedad de fincas, bien conocida es la teoría de que la ciencia y la ley aborrecen la proindivision; y que cuando los condueños no llegan á entenderse, hay derecho para pedir que el disidente compre ó venda ó que se enajene en pública licitacion la cosa comunal.

59. Cuanto hemos estudiado sobre esta materia en los libros no nos satisface, porque son complicadísimas las cuestiones de testamentarías al tratarse de este punto. Cuando hay armonía y las herencias son pingües, el partidor tiene expeditos caminos para resolver todas las dificultades. No sucede lo mismo si el caudal partible es escaso, de difícil division los bienes relictos, ó están en pugna abierta los agraciados. Toda la prudencia del partidor será impotente y dejará proindiviso cosas que, en vez de frutos, producirán á los dueños disgustos y conflictos eternos. En algunas provincias de España, y especialmente en Galicia, es comun esa indivision de la propiedad. En más de un territorio hay castaño y nogal que pertenece á cuatro y seis dueños.

60. Idéntica cosa acontece con los censos. Los frutos podrán dividirse, pero no el capital, porque no puede obligarse á ningun censatario que tiene gravada su finca, v. gr., con un censo de 5.000 duros, reconozca cinco censos de 20.000 reales, porque han sido cinco las personas que lo han heredado. Algo ha dicho sobre esta materia el Supremo Tribunal en su fallo de 14 de Octubre de 1864 y 9 de Julio de 1868. No insertamos ningun considerando, porque en realidad no dicen nada nuevo sobre la indivision. En esas sentencias se rinde homenaje al inconcuso principio de que el censualista y el censatario, puestos de comun acuerdo, pueden alterar y modificar el censo y declararle divisible ó indivisible segun les plazca y dentro del terreno legal. Este es un principio inconcuso que descansa en el legítimo derecho de propiedad.

61. Por último, se ha ocupado el Supremo Tribunal de una cuestion en que no ha debido haber jamas diferencias de opinion. ¿Puede el censatario abandonar la cosa censida? Lo pasmoso es que se haga esta pregunta. Lo puede ejecutar como lo verifica el usufructuario que no quiere gozar de los productos

de la cosa; como lo realiza tambien el mismo propietario absoluto que no quiere ser poseedor de una cosa que le incomoda. Este derecho no impide ciertamente que el propietario, el usufructuario y el censatario tengan que responder á sus actos *anteriores* á la renuncia ó abandono de la cosa, porque de lo contrario se podrian evadir las penas de actos criminosos. Un censatario ó usufructuario simple de un monte, olivar ú otro plantío semejante, esquilma y destruye la finca y luégo la abandona; no por eso quedaria exento de culpa porque hiciera dimision de la finca usufructuada ó censida. Basta citar, en confirmacion de esta doctrina, las sentencias de 20 de Enero de 1859 y 29 de Diciembre de 1864.

62. Hasta habíamos empezado á escribir algunas cuartillas sobre foros y subforos y sobre el contrato de *rabassa morta*, tan conocido en Cataluña. Estas dos instituciones, en realidad, no son más que enfiteusis, y á las que hay que aplicar las reglas generales del censo de esa clase. Si censurable es que hayamos dado al tratado de censos la extension que le hemos dado, mayor sería la crítica si hoy ocupáramos el tiempo en hablar de foros, subforos, gallegos y asturianos, y del enfiteusis catalan. El que quiera tomar algunas noticias sobre los primeros, puede estudiar el erudito libro de D. Fermin Caballero sobre la poblacion rural; y en cuanto á los segundos, pueden consultarse las constituciones de Cataluña, especialmente el tít. 2.°, lib. VII, vol. 1.°

LEY SEXAGÉSIMANOVENA.

(L. 8.ª, TÍT. 10.º, LIB. V DE LA REC., Y L. 2.ª, TÍT. 7.º, LIB. X DE LA NOV.)

Prohibicion de hacer donacion de todos los bienes.

Ninguno pueda hacer donacion de todos los bienes, aunque la faga solamente de los presentes.

COMENTARIO.

1. Ya tenemos en campaña uno de los asuntos más amenos de la legislacion y que naturalmente ofrece ancho campo á los juristas para establecer reglas y fijar principios, en los que por desgracia no suele haber armonía, por lo mismo que la materia es árdua y complicada. La ley de Toro no puede ser más lacónica. Prohibe al ciudadano español haga donacion de todos sus bienes, aunque sea sólo de los presentes. La consecuencia inmediata que debia deducirse es, que se cumpla y acate el precepto de la ley tal y como está escrito. Pero inmediatamente viene la interpretacion y la primera duda que ocurre es, si esa misma donacion valdrá quedándose el donante v. gr., con el vestido que lleva puesto. Meditemos y tratemos de los actos de liberalidad como lo merece esta virtud siempre digna de elogio.

2. ¡Donacion! Palabra mágica, que la primera idea que despierta es la existencia del Supremo Hacedor dando vida á la criatura, al sér inteligente que no pudo ser creado por el acaso y por la informe materia. ¿Puede haber mayor donacion que esta gracia? ¿Hace otra cosa el hombre *al dar lo suyo* que imitar á Dios? Convengamos que la donacion es de derecho divino, porque no representa más que la caridad, porque, al socorrer al afligido ó al menesteroso, no se hace más que llenar un pre-

cepto que recomiendan todas las religiones, y que sólo pueden rechazar las almas depravadas. ¿Hay tampoco mayor placer que donar? El amor de la familia, la santa amistad, las mútuas relaciones con el prójimo ¿no se significan con actos de donaciones no interrumpidas? Los desvelos de la madre cariñosa, el afan del padre para adquirir y con su trabajo atender al sustento de su prole, ¿son otra cosa que donaciones que se compensan tambien con otras de la misma especie, porque el cariño engendra cariño y el niño desde la cuna empieza á corresponder á los cuidados de la mujer que le amamanta? No necesitamos salir de los primeros pasos de la naturaleza y allí encontramos ejemplos abundantísimos para defender nuestra tésis. Digan lo que quieran los civilistas, la manera de regular las liberalidades puede pertenecer al derecho positivo. El orígen de la donacion siempre le encontrará el moralista en los sentimientos que se desarrollan en el corazon humano.

3. ¿Han llegado á su perfeccion esos impulsos filantrópicos? ¿El principio religioso ejerce tal influencia, que el legislador tenga que hacer muy poco para el completo desenvolvimiento de esa virtud? No. Más diremos: alguna vez hemos desconfiado del sucesivo progreso, como si Dios hubiese puesto un límite, del cual no pasaria el hombre. Podrá seguir arrancando sus secretos á la naturaleza; la mecánica y la química se subirán al cielo y recorrerán los astros. Entre tanto las ciencias morales permanecerán estacionadas y vagarán entre mil absurdos, como los filósofos se creen autorizados para crear á su antojo tantas teologías como se han inventado para explicar la creacion del mundo, ó lo que es más fácil, sobre su eternidad.

4. Huyamos del peligroso camino emprendido y en el que quizá diríamos mil herejías. Cumplamos nuestra mision, que es hablar de donaciones, materia sobre la cual legislaron las leyes de Toro.

5. Siguiendo nuestro plan diremos, que la donacion no sólo fué muy conocida en el derecho romano, sino que de ella se ocupó en varios de sus códigos Justiniano, explicando las circunstancias y caractéres que debe tener la donacion simple y la donacion *mortis causa* y las donaciones entre futuros esposos y las que se otorgan á los hijos, de las cuales nos hemos ocupado extensamente en otros sitios. Pudiéramos citar multitud de leyes promulgadas con este propósito; pero queriendo dar la preferencia á lo que se estableció en nuestro derecho patrio, nos limitaremos á decir, que el título 4.° de la Partida 5.ª es un fiel

trasunto de cuanto estaba ordenado en la legislacion romana en materia de donaciones, y debiendo detenernos algun tanto en el exámen de las 11 leyes que comprende dicho título 4.º de la Partida 5.ª, en los comentarios de Gregorio Lopez encontrará infinitas citas el curioso lector referentes á los actos de liberalidad romana.

6. Por más incompleto que sea un código, no se puede en él prescindir de un acto tan comun como es la donacion. El Fuero Juzgo tiene el tít. 2.º del lib. V, en que se habla de las donaciones. No contiene más que siete leyes, y sus reglas y disposiciones son, por cierto, bien mancas y diminutas. En prueba de ello copiaremos sus epígrafes: «1.ª Que la donacion que es fecha por fuerza non vala. 2.ª De la donacion del rey. 3.ª De las cosas que da el rey al marido ó á la muier. 4.ª De lo que da el marido á la muier sin las arras. 5.ª De lo que da el marido á la muier. 6.ª De las cosas que son dadas por escripto. 7.ª De lo que da el marido á la muier, ó la muier al marido.»

7. Los principios desenvueltos en esas lacónicas leyes nos ocuparán algun tanto al abordar de frente las principales cuestiones de la donacion, y con particularidad cuando examinemos las llamadas donaciones reales, que juegan un papel importante, no sólo en nuestro derecho, sino en la historia general del país.

8. El Fuero Viejo de Castilla no habla nada absolutamente de donaciones en general. Sólo se ocupa, en el tít. 1.º del lib. V, de las arras, é del donadio que da el marido á la mujer, todo lo cual no pertenece á esta seccion. Lo mismo podemos decir de las leyes del Estilo, porque únicamente la 246.ª trata de lo que puede dar el marido á su mujer en arras.

9. No sucede lo propio con el Fuero Real. Contiene un título completo, que es el 10.º del lib. III, y en él se incluyen 11 leyes en las que, si bien no se encuentra tratada con gran extension toda la difícil materia de las donaciones, se sientan en esas disposiciones legales principios dignos de aplauso, que han servido despues para establecer reglas que sirvan de pauta al juzgador al sentenciar los pleitos de esta especie. Desde la donacion hecha á la Iglesia ó á los pobres, la cual significa piedad y caridad, hasta la que otorga el rey, han merecido la atencion del legislador, y cuyas teorías las tuvieron, sin duda, presentes los redactores de las leyes de Partida al escribir el título de que luégo hablaremos, porque no será excusado concluir este párrafo diciendo que en el Ordenamiento de Alcalá no hay una so-

la ley en que se trate ni áun incidentalmente de las donaciones.

10. Llegamos á la legislacion del sabio rey que, como ántes hemos insinuado, destina el tít. 4.º de la 5.ª Partida para hablar exclusivamente y en realidad de la donacion simple, porque de las otras, como arras, donaciones *propter nupcias*, etc., trata en sus lugares correspondientes: «Dar es una manera de gracia, é de amor, que usan los omes entre sí, que es más cumplida, é mejor, que las que digimos en el título ante deste.» (Habia hablado de los préstamos.) Frases elegantísimas que expresan mejor la idea que cuanto nosotros venimos diciendo en elogio de la donacion. No es ménos elocuente Gregorio Lopez al definir este acto de liberalidad. «*Donatio est beneficium ex cordis nobilitate procedens, quando ex libera voluntate fit.*»

11. Fácilmente se comprende que esta es la donacion simple, la que no tiene más fundamento que la generosidad del donante, porque si en ella se hiciera mérito de alguna condicion que el donatario ha de cumplir, ya degenera algun tanto esa misma liberalidad y por eso entónces se llama donacion condicional. Lo propio acontece si se fija dia y tambien causa de la donacion, especies todas que se explican menudamente en lás primeras leyes de ese título, no hablando de las llamadas *mortis causa*, porque estas en realidad son verdaderos legados, y como actos de última voluntad son susceptibles de revocacion y no se consuman ni realizan hasta que acontece la muerte del donante.

12. Pero el punto más interesante de la donacion es hasta qué extremo puede desprenderse de su caudal el que á todo trance quiere ser generoso, sobre cuyo extremo habla la ley 69.ª de Toro que ahora ocupa nuestra mente. El dominio de las cosas, el derecho de propiedad es tanto más respetado y garantido cuantas mayores facultades se dan al dueño para que haga el uso que le convenga de lo que es suyo y le pertenece. Esta teoría, sin embargo, no puede ser absoluta é ilimitada, porque no ha habido código ni le habrá que permita al incapaz, al menor, que contrate y ménos que done sus bienes. En la misma categoría se coloca al despilfarrador, al pródigo, al que se le pone intervencion en el manejo y administracion de sus bienes. Esto y nada más que esto han hecho las leyes civiles poniendo coto al gran esplendor, al desprendimiento sin causa ni motivo del caudal que tal vez haga falta mañana al mismo donante. Habia en lo antiguo una causa, que creo no haya desaparecido

hoy, porque existe la libertad de cultos, que permitia la absoluta donacion de los bienes. Aquellas personas que entraban en religion prestando los tres famosos votos de pobreza, castidad y obediencia, donaban todos sus bienes á sus parientes, y más de una vez al convento ú órden en que profesaban. Estas donaciones universales no necesitaban otro género de *insinuacion* á pesar de todas las prohibiciones de las leyes de Partida que ahora vamos á comentar, porque en realidad son las únicas que han servido de base á la jurisprudencia para establecer verdadera doctrina en esta materia.

13. Despues de haber expuesto extensamente las circunstancias y cualidades que deben concurrir en la donacion intervivos y quiénes pueden ó no pueden tener aptitud legal para recibirlas, la primera duda que se ofrece es si real y verdaderamente hay personas ó corporaciones incapaces á quienes no se pueda donar. En cuanto á personas, nos permitimos decir que ninguna, inclusa la más criminal, puede calificársela como impotente para recibir herencias, y con mayor fundamento donaciones. Esta dureza de la penalidad está suprimida en los nuevos códigos, y los que sufren una condena de muchos años de presidio, aunque sea de cadena perpétua, bien reciben y pueden recibir herencias y donaciones. Pero si las personas no tienen incapacidad, porque hasta el hereje y el judío entran en el gremio de los ciudadanos y de personas que pueden contraer, por razon de la causa puede ser nula la donacion, v. gr., si el donante se empeña en vincular sus bienes, lo que hoy está de una manera categórica y expresa prohibido. Toda donacion que tenga esta tendencia luchará con la ley de 11 de Octubre de 1820 y las demas que se han promulgado sobre extincion de mayorazgos.

14. Pero al lado de la ley se encuentran bien pronto medios de eludirla. Nos preguntaba un antiguo aristócrata cómo podia perpetuar en su familia, si no toda, una parte de su riqueza en cabeza de su primogénito. Y nosotros le contestábamos que dejara el tercio y quinto en usufructo al hijo mayor y que en igual concepto lo recibiera el nieto, porque la ley no prohibe dejar esos dos usufructos. Nuestro consejo le hemos visto practicado en más de un caso, y nadie se ha atrevido á negar la validez de estos actos. Pueden, pues, hacerse donaciones por dos vidas dejando dos usufructos.

15. Y la mano muerta eclesiástica, ¿puede recibir donaciones? Esto es indiscutible, aunque tenga necesidad de enajenar los bienes donados. Los tribunales han sido en esto inflexibles,

porque han concedido ese derecho de adquirir hasta á corporaciones que han sido ya suprimidas, pero refiriéndose á épocas en que existian. El Supremo Tribunal pronunció una sentencia en 26 de Marzo de 1845, declarando que la Compañía de Jesus pudo muy bien adquirir bienes, como los que se litigaban, en el año de 1825, porque en aquella fecha tenía toda la capacidad legal correspondiente.

16. La dificultad para el jurista será siempre hacer la verdadera calificacion del acto si es ó no de pura generosidad y si puede ó no puede tener motivos de arrepentirse el donante, ya porque dé muestras de ingratitud el donatario, haya adquirido una gran fortuna ó variado en fin por cualquier circunstancia la posicion de los dos contrayentes. Es muy comun en la vida que el médico, el abogado y otras profesiones presten verdaderos servicios en el ejercicio de su carrera y como acto de beneficencia. Muchos maestros de artes y oficios ejercen actos de caridad, hacen estas verdaderas donaciones. Y se pregunta: ¿tienen derecho los donantes á pedir el pago y reintegro de estos servicios y verdaderas donaciones? Por nosotros contesta la ley 35.ª del título 14.º de la Partida 5.ª, que habla de los actos de piedad de esta especie y más particularmente se ha elevado á la categoría de jurisprudencia por la sentencia de 17 de Marzo de 1860.

17. Para que resplandezca en todo su esplendor la piedad es indispensable que no se vea tras de ella ningun interes mundano ni ménos esperanza de recompensa. Esto no quiere decir, que el donatario no esté obligado moralmente á manifestarse agradecido. Artesano hemos conocido, que habiendo llegado á hacer un gran capital en su oficio, nunca olvidó la enseñanza que recibió en casa de su primer maestro, y cuya familia hubiera vivido en la indigencia sin los auxilios de aquel aprendiz que les sirvió hasta de criado en los años juveniles. No todos son así y ménos en esta época desgraciada, en que el sentimiento religioso va desapareciendo; especialmente en las clases humildes, sustituyéndole con las aspiraciones seductoras de los goces materiales. Más de una vez hemos salido aterrados de los grandes establecimientos industriales, en que á la par se ve de lo que es capaz de ejecutar el ingenioso operario, pero que, lleno de orgullo, desconoce, porque no se le ha enseñado la base de todo saber, que descansa en el amor de Dios.

18. Si la donacion que tiene por base la piedad, no debe aspirar á retribucion y ménos puede revocarse, porque lo que se

ha dado y consumido no debe devolverse, lo propio sucede con la que descansa en un simple acto de liberalidad. Esta donacion *inter vivos* no puede revocarse más que en muy pocos y contados casos, los cuales marca elegantemente la ley 10.ª, título 4.º de la Partida 5.ª, que aunque sea extensa nos creemos en la necesidad de copiar [1]. Sin embargo de ser tan expreso el texto de la ley, no dejan de ofrecerse sus dudas en la práctica. Si el donatario infiere una injuria leve al donante en defensa de su derecho, ¿será este motivo bastante para revocar la donacion? Nosotros creemos que no. Si el donatario se comprometió á ejecutar algo y no lo ejecuta tan pronto como debe por negligencia ú otro motivo, ¿podrá ser esto bastante para que quede revocada ó anulada la donacion? Tambien resolveríamos negativamente este segundo caso atendido el espíritu que preside al mero acto de liberalidad, y porque así ha venido en cierto modo á consignarlo el Supremo Tribunal en su fallo de 12 de Octubre de 1858, y más particularmente ha dicho en otra sentencia de 13 de Febrero de 1867, que sólo es revocable la donacion

[1] Como por razon de desconoscencia se puede revocar la donacion. Desconoscientes son los omes á las vegadas, contra aquellos que les dan algo, é les facen alguna gracia; é por ende tovieron por bien los sabios antiguos, que non fincassen sin pena, é establescieron quatro razones, que por qualquier dellas deve perder la cosa que le fué dada. La primera es, quando aquel que rescibe el donadio, es desconosciente contra aquel que gelo faze; faziendole grand desonrra de palabra, ó accusándole de algund yerro, porque oviesse de rescibir muerte, ó perder algund miembro, ó cayesse en enfamamiento, ó perdiesse la mayor partida de lo suyo, si le fuesse provado: ca, como quier qué otro alguno pueda dezir, ni deue, el ome que rescibe el algo del. La segunda es, faziendole tuerto de fecho, metiendo manos yradas en el. La tercera es, faziendo grand daño en otras cosas. La quarta es, si se trabaja en alguna manera de su muerte. Mas si muger alguna auiendo fijo de su marido, despues de la muerte del faze donacion al fijo, é se casa con otro; como quier que diximos de suso, que son cuatro razones, porque puede ome revocar la donacion, en tal caso como este non son más de tres. El primero es, si despues de la donacion se trabajó de la muerte de la madre. El segundo es, si metiere en ella manos yradas. El tercero es, si se trabaja de fazerle perder todos sus bienes, ó la mayor partida dellos. E por qualquier destos tres casos sobredichos puede tal madre reuocar la donacion que ouiesse fecho á su fijo. Estas razones de desconoscencia, que dezimos en esta ley, puédelas poner, é razonar, aquel que fizo la donacion. E si se callase ende en su vida, sus herederos non la pueden retraer, nin querellar despues.

cuando concurre alguna de las causas especificadas en la citada ley 10.ª que se ha copiado.

19. Y viniendo á nuestra ley de Toro, diremos, que al prohibir la donacion de todos los bienes, aunque sólo comprenda los presentes, no hacía otra cosa que repetir lo que ya estaba mandado y dispuesto en la ley 7.ª, título 12.º, libro III del Fuero Real. A pesar de todo, los civilistas han encontrado materia para dudar en muchos casos. Es el primero y más comun: ¿valdrá la donacion de todos los bienes reservándose todo ó una parte del usufructo? Si con ese usufructo tiene bastante el donante para atender á sus necesidades, la donacion será válida. Ejemplar hemos tenido en nuestro estudio de un padre cariñoso, que veia desaparecer su fortuna, porque tenía invencible aficion á especular en Bolsa sin tino y prevision. Le aconsejamos que hiciera donacion de todos sus bienes á sus hijos, reservándose el todo ó una parte del usufructo. Así lo ejecutó; y practicadas las diligencias oficiales oportunas, el juez competente dió su aprobacion al acto y aquella familia se salvó.

20. Mas si el donante no se reserva nada; si áun cuando no use la voz de hacer donacion universal de todos los bienes, cede v. gr. una herencia, que es lo único que constituye su patrimonio, entónces esta donacion es nula, porque así lo tiene declarado el Supremo Tribunal en sentencia de 28 de Marzo de 1859.

21. Otras reglas rigen en las donaciones condicionales, en aquellas en que se exige cierta postura, como dice la ley 6.ª del mismo título y Partida, porque aunque en ellas se haga donacion de todos los bienes, los beneficios del donatario pueden ser tan grandes, que disminuyan mucho esa misma donacion. Cuando concurran estas circunstancias, las donaciones serán válidas y así lo tiene declarado el Supremo Tribunal en sentencias de 21 de Noviembre de 1846, 7 de Mayo de 1860, 28 de Marzo de 1863 y 30 de Diciembre de 1867.

22. Ahora entramos en la explicacion de lo que se entiende por *insinuar* en materia de donaciones, lo cual equivale á decir, que es preciso obtener la licencia y aprobacion del juez, para que sean válidas y legítimas ciertas larguezas. La teoría de los antiguos jurisconsultos en esta como en otras materias tenía siempre por norte llevar al ciudadano con andadores y poniéndole cortapisas en el ejercicio de sus derechos. Así es, que desde tiempos antiquísimos, y con especialidad desde la publicacion de las Partidas, no se permitia á nadie donar, segun el tex-

to de la ley 9.ª del mismo título y Partida que ya citamos, más que *quinientos maravedís de oro*, como no lo hiciera con carta y con sabiduría del mayor juzgador de aquel lugar. El monarca sí podia hacer mayores donaciones y tambien recibirlas, y no necesitaban de esa insinuacion cuando lo donado se destinaba á redencion de cautivos, levantar iglesias, etc.

23. ¿Se cumplieron estos preceptos? ¿Rigen hoy? Lo que está en pugna con las costumbres y con la manera de ser de la sociedad, queda siempre sin uso. En más de un archivo de la grandeza, hemos registrado descripciones de bodas en que amigos y parientes lejanos agasajaban á las novias y á los novios con riquísimas preseas, y en ninguno de esos casos se acudia á los alcaldes ni á los oidores de las chancillerías, para que diesen su aprobacion ni tomasen conocimiento de semejantes dádivas. Hoy mismo se realizan bodas, no de altos personages, sino de individuos de la clase media en que ricos capitalistas agasajan á los futuros esposos con preseas, que se estiman en 2 3 y 4.000 duros, cantidad muy superior á los 500 ducados á que suponen que deberian ascender los 500 maravedises de la ley de Partida.

24. Dijimos en su lugar que está vigente la ley 69.ª de Toro, que contiene un precepto filosófico, cual es, que el donante no se arruine entregando toda su fortuna; pero no descendamos á pequeños detalles, suponiendo que es nula toda donacion simple que pase de una cantidad tan mezquina como es la de 500 maravedís de oro. Reconocemos que las sentencias de 27 de Marzo de 1860 y 21 de Noviembre de 1867, rinden homenaje á esa limitacion de los *quinientos maravedís de oro*; pero alguna vez hemos de estar en disidencia con el Supremo Tribunal diciendo, que la costumbre en millares de ejemplares permite las donaciones de mucha mayor suma, sin que haya necesidad de practicar las diligencias judiciales. Y no queremos acogernos á la facilidad que hoy existe de hacer ricas donaciones sin que tengan conocimiento más que donante y donatario. Prescindiendo de la abundancia del metálico, los valores fiduciarios y al portador llenan muy bien el objeto y con particularidad cuando se quiere crear una renta en el extranjero. En el estado de perturbacion de España muchas fortunas emigran, y nada más fácil que trasmitir fondos á favor de la persona que se quiera. Hay, por consiguiente, que amoldarse á las costumbres modernas, y tener muy en cuenta, que si cuando se promulgó la ley de Partida 500 maravedís de oro era una gran cantidad, hoy

gasta esa suma cualquier hombre medianamente rico, para hacer un regalo el dia del santo á una hija de pila, ó á cualquier otra persona querida. No suele haber pleitos sobre tales ejemplares, porque ningun donatario, aunque se arrepienta el donante, se ve obligado á devolver el regalo. Por fortuna los miramientos sociales son más fuertes en muchas ocasiones que los mezquinos intereses, y nadie quiere pasar por codicioso reclamando lo que regaló de buena voluntad á una persona que luégo dió pruebas de gran ingratitud. Pero si esto se pusiera en tela de juicio, si se quisiera destruir un hecho consumado, nosotros estariamos al lado del donatario, como no concurrieran circunstancias que demostraran la mayor de las ingratitudes.

25. Las legislaciones especiales de Navarra, Aragon y Cataluña establecen en materia de donaciones principios que están en armonía con su derecho hereditario. Sabido es, que las constituciones del principado fijan la legítima de los descendientes en la cuarta parte del caudal paterno. Pues bien; en el mismo órden puede hacerse una donacion, dejando á salvo esa cuarta parte de las herencias legítimas, segun las teorías y doctrinas sentadas en las sentencias de 4 de Mayo de 1859 y 29 de Setiembre de 1865. Lo mismo podemos decir de las donaciones hechas en Navarra, donde los padres pueden dejar absolutamente sin nada á sus hijos, no siendo conocida la herencia forzosa. Es comun hacer donacion universal de todos los bienes á favor de uno de los hijos, imponiéndoles ciertas y determinadas condiciones, que naturalmente tienen que cumplirse por el donatario, y no haciéndolo hay derecho para pedir la nulidad ó ineficacia de la concesion, segun puede verse en la sentencia de 28 de Setiembre de 1867. Y si esto acontece en las donaciones condicionales y con causa, tambien se exigen ciertos requisitos para que sean válidas y legítimas las donaciones *inter vivos*. Si en Castilla se fijó el límite de la ley de Partida, en Navarra no puede pasar ninguna donacion simple de 300 ducados, exigiendo en otro caso la *insinuacion*, ó lo que es lo mismo, la intervencion del juez para que dé su aprobacion á los motivos y razones que tiene el donante para favorecer al donatario.

26. Al empezar el comentario de esta ley, dudamos el paraje en que debiamos tratar de las donaciones reales que tanto influjo ejercieron en la manera de ser de España en los siglos XV y XVI. Considerando nuestra pequeñez y al propio tiempo que nuestra mision está simplemente reducida á tratar tan solo de los asuntos civiles de que hablan las leyes de Toro, nos

decidimos á exponer breves consideraciones sobre esta importantísima materia, que debe quedar reservada á mayores ingenios que se comprometan á escribir la historia político-económica de los expresados siglos XV y XVI, remontándose á los dos anteriores siglos, para rebuscar cuántas y de qué especie eran las atribuciones de los monarcas que dominaban en Castilla y Aragon. Vestigios y no pocos se encuentran en los viejos códigos que tanto venimos manoseando y que nos prestarian abundante materia, para demostrar que nuestros abuelos nunca sufrieron el duro despotismo de sus reyes, hasta que dinastías extranjeras se sentaron en el sólio de España. Aquellos monarcas abusaron ciertamente, y con especialidad si eran guerreros y la victoria adornaba sus sienes. Cuando no tenian á su favor este prestigio, como le sucedió á varios de los Enriques, sus actos caian en el mayor descrédito y daban lugar á las más grandes censuras.

27. Prueba manifiesta de esta verdad se encuentra en las llamadas Mercedes Enriqueñas, cuya odiosidad está todavía resonando en los tribunales de justicia al aplicar las diversas leyes que se promulgaron en tiempo de los dos últimos Enriques. Los mismos Reyes Católicos sucumbieron alguna vez á las exigencias de los magnates que rodearon á la infanta Isabel, ántes que sucediera á su hermano el indolente Enrique IV.

28. Un tomo de no escasas dimensiones, podria escribirse con sólo comentar las leyes del título 5.º libro III de la Novísima Recopilacion, en donde están reseñadas esas mismas censuras y atribuciones de los monarcas de Castilla sobre las donaciones, mercedes y privilegios reales desde la ley 8.ª, título 12.º, libro III del Fuero Real, hasta las varias disposiciones adoptadas por D. Cárlos II desde 1667 á 1692.

29. Pero lo más digno de exámen entre todas esas leyes, es lo que hace referencia á lo acontecido en las Córtes celebradas en Santa María de Nieva en 1473 y lo pedido tambien por los procuradores en las celebradas en 1480 en la ciudad de Toledo. No hicieron otra cosa los representantes del país, que repetir los clamores que habian hecho resonar en los oidos de Enrique IV los que asistieron á las Córtes de Ocaña en 1469, y sobre cuyos extremos tambien se ocuparon los mismos Reyes Católicos en su pragmática de 6 de Abril de 1487.

30. Mision era de los Fiscales del Consejo de Castilla interponer las oportunas demandas, para que quedaran ineficaces muchas de esas Mercedes Enriqueñas; y si bien está muy léjos

de nosotros censurar en lo más mínimo los actos de los que por espacio de tres siglos han ejercido ese altísimo puesto del ministerio fiscal, diremos sí que no se han interpuesto en época oportuna todas las demandas que se debian interponer y que á no pocas de las que dieron lugar á pleitos ruidosos les faltaba la base, que era la injusticia é ilegalidad de la concesion régia, porque eran varias y de distinta índole esas donaciones Enriqueñas y muchas tenian ó un título oneroso ó descansaban en verdaderos y legítimos servicios prestados á la patria. Sin el mucho pelear en los tiempos de D. Enrique II, D. Juan II y don Enrique IV, no hubiera sido posible á los Reyes Católicos emprender las célebres campañas que habian de arrojar á los muslines al otro lado del Estrecho, consumando de un modo definitivo la reconquista.

31. Ya es hoy inútil ocuparse de esas Mercedes Enriqueñas, porque la propiedad ha sufrido un completo trastorno. Las casas de la antigua nobleza, aquellos pingües y ricos mayorazgos á que estuvieron agregados bienes que pudieran ser objeto de investigacion y aplicacion de las leyes citadas, pertenecen hoy á muchas y distintas y familias, que los han adquirido por título hereditario ó por otros más respetables, como son los de compra ó cualquier causa onerosa. La prescripcion ha puesto un sello solemne, porque si los títulos primitivos tienen la antigüedad de las fechas de tres y cuatro siglos, la buena fé de los poseedores es incuestionable y más aún la de los últimos adquirentes, que tienen como principal escudo las leyes de 1836, que lanzaron al comercio comun esa gran masa de riqueza que estaba amortizada. Estudiemos en la historia jurídica esas leyes político-económicas, pero dejémoslas descansar en la huesa, porque hoy no hay términos hábiles para cuestionar, si la finca A ó el monte B se comprendió ó no se comprendió en una merced régia, hecha sin motivo en los siglos XV ó XVI.

32. Y al concluir cada uno de estos tratados tenemos siempre que dirigir la misma súplica al lector, pidiéndole disimule si queda fatigado al estudiar nuestras difusas observaciones.

LEY SEPTUAGÉSIMA.

(L. 9.ª, TÍT. 11.°, LIB. V DE LA REC., Y L. 4.ª, TÍT. 13.°, LIB. X DE LA NOV.)

Ampliacion del derecho de retracto á las cosas de patrimonio vendidas en almoneda.

La ley del Fuero, que fabla acerca del sacar el pariente más propinco la cosa vendida de patrimonio por el tanto, haya tambien logar cuando se vendiere en él almoneda pública, aunque sea por mandamiento de juez: y los nueve dias que dispone la ley del Fuero se cuenten en este caso desde el dia del remate, con tanto que consigne el que la saca el precio é faga las otras diligencias que dispone la ley del Fuero é la ley del ordenamiento de Nieva, é assi mismo haya de pagar al comprador las costas y el alcabala si la pagó el comprador antes que la cosa ansi vendida le sea entregada.

COMENTARIO.

1. Retracto: hé aquí otra materia que ha ofrecido vastísimo campo á los civilistas, para dividirse en muchas y distintas escuelas, no sólo sobre el orígen de su institucion é influencia que ejerció en algunos pueblos esta limitacion del dominio, sino tambien sobre si es llegado el tiempo de abolir ese medio indirecto de amortizar la riqueza inmueble, con no pequeño perjuicio del que entró en su goce y la mejoró aumentando naturalmente su valor. Uno de los mayores inconvenientes con que tropezamos al emprender este trabajo, fué la suma dificultad con que habíamos de luchar cuando comentáramos ciertas leyes que abrazaban principios generales que no se podian tratar á la ligera; pero que al propio tiempo no era posible discutirlos

con tanta extension, que convirtiera este libro en una compilacion de los principales teoremas de la jurisprudencia civil. Resignados á cumplir con nuestro propósito y partidarios en muchos casos de los términos medios, adoptamos este temperamento al ocuparnos de los difíciles á la par que de los interesantes capítulos sobre matrimonio, mayorazgos, prescripcion, censos, mejoras, etc. Lo propio haremos al debatir las cuestiones más interesantes sobre el derecho de retraer, porque al fin el jurista español tiene que saber, no sólo la teoría, sino tambien la práctica, porque despues de todo, los retractos están vigentes en nuestra legislacion y son no pocos los pleitos que sobre ellos se promueven.

2. Retraer es lo mismo que redimir ó sacar la cosa del que la compró anulando un contrato válido y legítimo y entregando como es natural al comprador de la cosa el precio que dió por ella. Esta sencilla y simple definicion denota que hay algo de repugnante en la constitucion de ese privilegio, contrario no sólo á los derechos de todo comprador de buena fé, sino muy principalmente á los que tenía y conservaba al antiguo dueño, los cuales no sufren poco quebranto, porque el temor de que se utilice esa facultad de redimir por aquel ó aquellos que estén favorecidos de semejante facultad, impedirá que haya la oportuna competencia para la adquisicion de la cosa vendible y la falta de concurrentes ó licitadores para la adquisicion de la finca, ha de influir é influye naturalmente en la depreciacion de su valor. Pero no invirtamos el órden tratando prematuramente cuestiones que se han de discutir en su lugar oportuno.

3. Bástenos saber, que si el retracto es un privilegio, una ley excepcional en favor de determinadas personas ó clases de la sociedad, habrá muchas legislaciones y muchos pueblos en donde no se haga uso ni se haya conocido esa especie de cortapisa al mayor y más principal de los contratos consensuales, á la compra-venta. Sin embargo, su antigüedad es remotísima, puesto que en el Levítico, capítulo 25, versículo 25, se leen estas palabras: «*Si attenuatus frater tuus vendiderit possesiunculam suam, et voluerit propinquus ejus, potest reddimere quod ille vendiderat.*» Digan lo que quieran, sin embargo, los libros santos, que tantos principios de legislacion civil comprenden, hay razon para sostener que varios de esos mismos principios fueron desconocidos en la legislacion romana y en la que se introdujeron cuando ya el cristianismo se iba apoderando de las leyes y costumbres del pueblo rey. A fines del siglo IV y en tiem-

po de los emperadores Valentiniano II y Teodosio, ya se quiso corregir el abuso introducido hacía no poco tiempo, concediendo á los parientes y condueños la libertad de excluir á los extraños en la venta que hicieren de dichos bienes. De este particular se ocupaba la ley 14.ª *C. de contrahenda emptione.*

4. Más de un autor cree, y nosotros abundamos en la misma opinion, que el emperador Constantino fué quien introdujo esa novedad en favor de los parientes, contrariando las doctrinas generales sobre compra-venta y sobre el absoluto dominio de las cosas que tan en boga estuvo en la legislacion romana.

5. Y nos parece fuera de lugar entrar en el exámen de, si cuando al mismo vendedor ú otra persona extraña se le daba este derecho de retraer ó redimir, sería válida esta condicion, si lo declaraba la ley 75.ª *ff de contrahenda emptione,* y otras de las *Pandectas,* porque es un principio universal de derecho, que todos los pactos que no se opongan á ley escrita ó á los principios generales de buena moral, tienen que acatarlos y obedecerlos los contrayentes, porque su voluntad en casos tales es la suprema ley. Y claro y evidente es, que si el vendedor de una cosa se reservó el derecho de volverla á adquirir por el tanto, cuando el comprador quisiera enajenarla á un tercero, esa facultad no tendria su apoyo en un privilegio, sino en el antiguo dominio que ese mismo adquirente tenía ántes de la enajenacion primitiva. En realidad esa es la esencia de la retroventa, que es tan antigua como la misma venta, lo cual tiene lugar, no sólo cuando el comprador quiere vender la cosa por su justo precio á un tercero, sino cuando el antiguo dueño desea reivindicarla, no por el valor que en sí tenga, sino por el precio que por ella recibió. No se confunda, pues, un derecho tan legítimo y natural como éste, que subsistirá siempre, cualesquiera que sean las reformas que se hagan en materia de retractos y que nosotros no admitimos se le llame tal retracto convencional, porque es una de las muchas condiciones que se pueden poner en las escrituras de compra-venta independientes y sin conexion alguna con el odioso privilegio de retracto.

6. Y disimúlesenos que hablemos muy poco de las Metracomias, que era el derecho concedido á los convecinos para adquirir las fincas colindantes. Si el retracto de sangre, que es el otorgado á los parientes dentro del cuarto grado y áun el mismo de los comuneros, que es el otorgado al condueño, tienen impugnadores de mucho saber, no se concibe siquiera qué razon de utilidad ni áun de política se podia dar para que los em-

peradores Leon y Antonio en 468 hicieran esa concesion á los habitantes de las expresadas metracomias, que eran las cabezas de partido de los barrios comprendidos en ellas. No sucede lo propio con la facultad del dueño del dominio directo de poder adquirir el dominio útil cuando lo enajenase su dueño, segun se dispone en la ley 3.ª, *C. de jure* enfitéutico.

7. Un peso enorme se nos quita cuando abandonamos la legislacion romana para ocuparnos de lo que dispone nuestro derecho sobre una materia dada. Así nos sucede ahora al recorrer nuestros códigos antiguos y buscar el orígen del retracto en nuestro derecho. Suponen muchos tratadistas que hasta que se promulgó el Fuero Viejo de Castilla no se conoció el retracto de sangre en España. En efecto, en las leyes 2.ª, 3.ª y 4.ª, tít. 1.º del lib. IV de este código, se habla de muchos casos de venta y reconociendo el derecho inconcuso del pariente para poder adquirir la cosa de abolengo por el tanto. Pero cabalmente el tono y la frase de esas leyes nos hacen sospechar que esa costumbre era más antigua en España, perdiéndose en la oscuridad de los tiempos. Con el retracto sucede lo que con el derecho de *troncalidad* y hasta con la ereccion del mayorazgo, cuyas instituciones se introdujeron primero en las costumbres, y de ello se encuentra más de un vestigio en los fueros particulares y en las cartas pueblas.

8. Y nuestras conjeturas tienen todavía más defensa revisando hasta las incompletas leyes del Estilo, que sólo hablaban de aquellas materias que estaban muy generalizadas y era necesario corregir ó regularizar. Las leyes de procedimientos, y de esta especie eran las del Estilo, nunca se promulgan sino cuando la reforma es muy necesaria y perentoria. Pues bien; no en una, sino en dos leyes, se ocupó el legislador del retracto; y si en el Fuero Viejo de Castilla se hablaba de este asunto como de una cosa corriente y muy conocida, más explícito es el lenguaje de las dos citadas leyes del Estilo. La 220.ª decia que cuando las cosas se venden en almoneda pública, no ha lugar al retracto de abolengo; y la 230.ª del mismo libro añade que la ley del Fuero del tanto por tanto ha lugar tambien en el reino de Leon, advirtiéndose la particularidad de que en dicha tierra de Leon duraba nada ménos que un año el derecho de retraer.

9. Pero en donde se estableció la verdadera jurisprudencia fué en el Fuero Real, porque la ley hoy vigente es la 13.ª, título 10.º, lib. III de dicho Fuero, y ahora es la 1.ª del tít. 13.º, li-

bro X de la Novísima Recopilacion. Aunque no somos partidarios de copiar al pié de la letra las disposiciones legales, hay leyes que por su claridad y elegancia merecen trasladarse al pié de la letra, no trasmitiéndolas del código mal llamado Novísima Recopilacion, sino de los antiguos cuerpos legales. «Todo home que heredad de patrimonio, ó de abolengo quisiere vender, si home de aquel abolengo la quisiere comprar, tanto por tanto hayala ante que otro alguno: é si dos, ó mas la quisieron que son en igual grado de parentesco, hayala el mas propinco: mas si ante que la heredad fuere vendida no viniere el pariente, é del dia que fuere vendida fasta nueve dias viniere, si diere el precio porque es vendida la heredad, hayala: é si el pariente mas propinco no lo quisiere demandar, otro pariente no lo pueda demandar, é si el mas propinco no fuere en el lugar, puedala demandar otro de su linage: mas si la quisiere por otra heredad cambiar, no la pueda ningun pariente contradecir: y aquel pariente que quiere la heredad que es á otri vendida, dele el precio que le costó, é jure que la quiere para sí, é que no lo face por otro engaño.»

10. Y áun ántes de que llegaran los desgraciados tiempos de que se recopilaran á monton y sin ningun criterio las leyes del país, ya se reproducia lo mismo que dice la ley del Fuero Real en la 6.ª, tít. 7.º, lib. V del Ordenamiento Real, que tiene por epígrafe: «Cómo se puede sacar la heredad del patrimonio ó abolengo tanto por tanto.» En el fondo de la ley se prevé el caso de que sean dos parientes de igual grado los que aspiren á la finca, divídanla por mitad é introduciendo una novedad importante, cual es que cuando la cosa se permuta no ha lugar al retracto, exigiendo ademas del pariente, cuando aspira á retraer, que jure que la quiere para sí y que no lo hace por otro engaño.

11. A muy luégo D. Enrique IV dió nuevas aclaraciones en Nieva en el año de 1473 á la ley del Fuero Real, restringiendo ese mismo derecho de retracto porque no concedia restitucion *in integrum* á los menores ni á los ausentes, y tambien daba la preferencia al hijo del vendedor, cuando concurriese un hermano del mismo vendedor con idéntica pretension.

12. Por más claras y explícitas que estén estas leyes, ocurrieron muchas dificultades y de diversa especie cuando se trató de las ventas judiciales. Comprendiendo la ley del Fuero Real y la del Ordenamiento de Nieva, se determinó en esa ley 70.ª de Toro que cuando se vendiese la cosa en almoneda pública, aunque fuese por mandamiento del juez, hubiese lugar al retracto

y que se contaran los nueve dias desde el en que se hiciese el remate. A pesar de ser tan categórico el precepto de la ley, han pretendido algunos comentaristas que el derecho de retraer no podia hacerse extensivo á las ventas judiciales, porque entónces no era el antiguo dueño sino la justicia quien verdaderamente vendia. Sutileza escolástica inadmisible, porque el juez, en realidad, no hace más que presidir el acto, y quien ciertamente vende, aunque á ello sea obligado por la autoridad pública, es el dueño de la cosa. Pero áun cuando pudiera cuestionarse sobre la personalidad del deudor, la del acreedor, á cuya instancia se enajena, y la del mismo juez que manda llevar á efecto la venta, no tienen el carácter que se les quiere dar y no hay otro remedio más que atenerse á las palabras terminantes de la ley, que dice que ha lugar al retracto aunque la cosa se venda en almoneda pública, *aunque sea por mandamiento del juez.* Y no bastan sofismas ni salidas ingeniosas, siquiera sean de Montalvo ó cualquiera otro jurisconsulto de su talla. Todas esas observaciones estarán en su lugar cuando se discuta si se debe ó no se debe suprimir ó restringir el derecho de retracto; pero estando en toda su fuerza y vigor la ya anunciada ley 70.ª de Toro aclarando la del Fuero Real y tambien la del Ordenamiento de Nieva, la deduccion legítima que debe sacarse es que ha lugar al retracto en las ventas públicas, ya sean estas voluntarias ó forzosas, ya las persiga ó no la autoridad judicial.

13. Legítima será la curiosidad del que pregunte qué cosas son las susceptibles del retracto de sangre. La contestacion es muy fácil, ya atendiendo á la naturaleza del abolengo, ya á lo que está previsto y mandado en una ley bien antigua inserta en la misma Novísima Recopilacion. Abolengo, como la misma palabra indica, se refiere á cosas de nuestros antepasados, de nuestros abuelos; y si sólo el derecho de retraer se limita á las cosas que tienen este carácter, cuando no concurra esta circunstancia no puede presumirse siquiera que haya esa aficion á la troncalidad. Don Enrique II en 1371, y contestando á la peticion 10.ª de los Procuradores en la ciudad de Toro, dijo que el retracto de sangre tuviese lugar cuando el vendedor enajenara los bienes que habia heredado, no cuando se tratara de la venta de fincas adquiridas por el mismo vendedor, ya procediesen de compras, trueque, donacion ó cualquiera otro contrato entre vivos.

14. Dejando al comentario de las leyes 71.ª á la 75.ª, que bien pronto nos han de ocupar todo lo que á las mismas perte-

nezca, bueno es explicar aquí los principios generales que pueden ofrecer alguna duda. Una de las principales ha sido desde cuándo debe empezarse á contar ese plazo de los nueve dias. La ley responde por nosotros. Si los legisladores de Toro han dicho que se cuenten esos nueve dias desde el en que se hace el *remate*, respecto de las ventas públicas y judiciales no puede ocurrir ninguna dificultad, porque la contestacion directa es que la ley lo previene así y no es susceptible de interpretacion ni tergiversacion alguna cuando el texto legal es expreso y terminante.

15. Discutan lo que quieran los glosadores sobre el dia ó el momento en que deben empezar á contarse esos nueve dias en las ventas privadas, defendiendo la mayoría, á cuya cabeza se hallan Antonio Gomez, Covarrubias y Molina, que esos nueve dias empiezan á correr desde el en que se otorgó la escritura de venta, y defendiendo algun otro que el plazo debe empezar á contarse desde el momento en que se entrega la cosa. Esta última doctrina no tiene apoyo alguno, ni en las muchas leyes que se han promulgado sobre retractos, ni áun en el criterio legal, porque si no hay jurista que desconozca que ese tanto perjudica no poco al precioso derecho de dominio, todas las leyes que le limiten tienen que interpretarse extrictamente, como sucede á todo lo que es odioso.

16. No se nos oculta que en casos tales el vendedor y comprador pueden eludir perfectamente el derecho del retrayente, ejecutando una venta con el mayor sigilo, y mal puede hacer uso de un derecho aquel que ignora completamente, sin culpa suya, que puede ejercitar ese mismo derecho. El inconveniente es cierto; pero todavía lo es mayor cuando se fija á las cosas, no un verdadero precio, sino uno ficticio, suponiendo que se ha vendido, v. gr., en 1.000.000 de reales lo que sólo tiene el verdadero coste de 800.000. Habrá en esto falsedad y tendrán tambien los contrayentes que pagar en razon de esa suma el antiguo derecho de alcabala, que es el que hoy se llama hipotecario ó de inscripcion; pero lo cierto es, que como el retracto es tan irritante y esas disposiciones se pueden eludir utilizando no pocos recursos, la conciencia pública no suele ser tan austera que censure acremente al que dice que vende por quince lo que quizá enajenó por diez, y sobre cuyo extremo son imposibles las pruebas, porque al fin se trata de actos de dos personas, comprador y vendedor, que no han de ir á decir la verdad en perjuicio suyo, cuando á sabiendas faltaron á ella. Nunca he-

mos dado este consejo á nuestros clientes, ni ménos aplaudimos la conducta de los que tales medios emplean; pero obligacion nuestra es presentar las cosas como pasan en realidad para que en su tiempo y por quien pueda hacerlo ponga remedio á estos no pequeños inconvenientes. Quede despues de todo sentado, que tanto en las ventas en pública subasta como en las privadas, los nueve dias se cuentan desde el dia del remate en las primeras y desde la celebracion del contrato en las segundas.

17. Y apurando más la materia, todavía controvierten los autores si esos nueve dias se deben contar de momento á momento, y la mayor parte de los comentaristas se inclinan á esta opinion. De modo que si un remate se ha verificado á las doce del dia y al noveno se presenta el retrayente á la una de la mañana, segun esa opinion, ha perdido el derecho de retraer, porque á las doce del mismo dia ya habia finalizado el plazo. Atendido el texto de las leyes y á la odiosidad del retracto, esta opinion es la más defendible, porque limita el derecho; pero nos parece demasiado tirante y dura la inteligencia que se da, y no censuraríamos á los magistrados que sentenciaran lo contrario, favoreciendo al pariente que dentro de los nueve dias hubiera usado el derecho de retraer, máxime si concurrian algunas circunstancias favorables al mismo retrayente, aunque contando de hora en hora ó de momento á momento hubieren pasado en realidad los nueve dias.

18. Y cosa singular, la primera circunstancia que se exige para que sea admitido el retracto de sangre, es que la cosa que ha de retraerse sea *raiz* y que el vendedor la haya adquirido de su padre, abuelo ú otro ascendiente. Mucha aficion ciertamente puede tenerse á la casa en que se nació ó al árbol que nos dió sombra en la juventud. Por ventura, ¿no se aprecia más el aderezo que llevó nuestra madre ó el relój que gastó nuestro padre anunciándole cómo pasa la vida? No hay consecuencia en los amantes de esa institucion que sirve para poco y que no podrá ménos de desaparecer de un buen código civil, porque cuantos más andadores se le quiten al derecho de propiedad, mayor respeto le tendrán las muchedumbres.

19. Y no se espere que nosotros entremos á distinguir qué se entiende por cosa patrimonial y qué es lo que se reputa como de abolengo. Si las palabras no son sinónimas, vienen en cierto modo á representar una misma idea, aunque la primera sea la especie y la segunda el género, ó lo que es lo mismo, que las de abolengo proceden de los abuelos y las de patrimonio de

los padres. Condenamos, por lo tanto, al más absoluto olvido, la controversia que promueve el erudito Sancho de Llamas refutando extensamente las opiniones del Albornoz sobre qué cosas son de patrimonio y cuáles son de abolengo y cuándo tiene cabida el derecho preferente del descendiente cuando lucha con un pariente trasversal, pero que desciende tambien del que primero adquirió ó poseyó la cosa.

20. Algo más pertinentes son otras dudas que diariamente están ocurriendo. Antonio Gomez, comentando esta ley 70.ª, pregunta: si un vendedor, que enajenó la finca, sin que nadie la retrajese, vuelve despues á adquirirla y la enajena segunda vez, ¿habrá revivido despues en favor de los parientes ese famoso derecho de retracto? El célebre comentarista, y conformándose con estas opiniones Matienzo, niega que el odioso privilegio haya renacido, porque la cosa varió completamente de naturaleza al ejecutarse la primera enajenacion.

21. Más difícil de solucion es el caso de que se ocupa el mismo Matienzo, á saber: retraida una finca por el pariente que tuviera título, al venderla éste, ¿hay lugar todavía al retracto en favor de los parientes que puedan usar de este derecho? Sancho de Llamas categóricamente lo niega, porque dice que ya medió en la enajenacion un título oneroso que quitó á la cosa su carácter patrimonial ó de abolengo. Aunque nosotros somos enemigos acérrimos del retracto, nos parece que no son sólidas las razones en que se apoya esa negativa. El mismo derecho que tuvo el pariente para que no saliera de la familia la finca patrimonial ó de abolengo debe tener otro pariente del mismo grado cuando se vende la cosa á un extraño, y con lo cual se destruye el principio capital en que se funda el retracto. Es muy comun que por deferencia á un hermano otro hermano no utilice el derecho de retracto, pero sí que lo ejecute un tio siendo la cosa de abolengo. Si este tio la enajena despues, quizá en el mismo mes, ¿por qué se ha de negar al sobrino el derecho de querer conservar en la familia esa misma cosa de abolengo? Este es un caso muy distinto del anterior, porque realmente la cosa no salió nunca de la familia ni perdió su carácter.

22. ¿Y qué acontecerá cuando la finca se enajena á uno de los parientes que tienen el derecho de usar del retracto de sangre? ¿Podrá en tal caso reclamar la preferencia el pariente más propinco cuando la cosa en realidad no ha salido de la familia? La mayoría de los autores sostienen, que el derecho del pariente inmediato es inconcuso. Antonio Gomez, Gutierrez, Matien-

zo y Albornoz conceden el derecho de retraer al pariente inmediato. Sancho de Llamas se lo niega, y cabalmente sus principales raciocinios los apoya en que el retracto es odioso, contrario y restrictivo de la libertad natural, que compete á todo dueño para vender la cosa á quien le parezca. Estas observaciones tienen su fuerza; pero es para atacar el retracto en su base. Sentado un principio, es preciso deducir de él todas las consecuencias; y reconocido el derecho inconcuso de retraer el pariente más inmediato, no se puede eludir esta facultad, porque se acuda á vender la cosa á un pariente más lejano.

23. Y no se destruye el argumento con equiparar el retracto de sangre con el de los comuneros, en el que vendida una parte de la cosa comun á uno de los condueños, aunque sea al que tenga ménos porcion, los otros condueños no pueden pedir participacion. En primer lugar, tienen distinta naturaleza los dos retractos y no se parecen en nada. El de los comuneros, como tendremos ocasion de manifestar en adelante, descansa en la utilidad y conveniencia públicas, y no podrá nunca desaparecer de las leyes, al paso que el retracto de sangre tiene los mayores inconvenientes por confesion hasta de los mismos apologistas. Y sobre todo en ninguna ley en que se da el derecho de retraer al pariente más propincuo se dice que se pierda este privilegio porque se haya enajenado la finca á un pariente, al paso que en el retracto de los comuneros, que se rige y gobierna por los preceptos contenidos en la ley 55.ª, título 5.º, Partida 5.ª, en ellos se consigna de un modo expreso, que no hay lugar á retracto siempre que se haya vendido á un comunero la parte que se enajena.

24. Rebuscando casos, á más de un autor le ha ocurrido preguntar si, vendiendo el comprador la cosa dentro de los nueve dias á una tercera persona, perderá por este hecho el pariente del primer vendedor el derecho de retraerla. No ha debido perderse el tiempo que se emplea en formular semejante pregunta. El segundo comprador no tendría nunca más derechos que los que le trasmitió el primero; y si contra el primero podia ejercitar el pariente del vendedor la accion del retracto en el término de la ley, no habiendo pasado el plazo no se perdia ese derecho por actos de terceras personas. Prescindimos de la inmoralidad que en muchos casos de esta especie podria presidir á esas segundas y terceras ventas, con el manifiesto propósito de inutilizar las intenciones y deseos del que quisiera retraer.

25. Algo más importante y de más graves consecuencias es

la duda de si son susceptibles de retracto las fincas entregadas á los hijos por donacion, mejora, legado, etc. Estos bienes en rigor son tambien ó pueden ser patrimoniales y de abolengo, y sin embargo Acevedo y tambien Sancho de Llamas niegan el derecho de retraer estos bienes donados, porque no entran en la categoría de verdadera herencia, que es la que sujeta al derecho de retracto D. Enrique II en la ley inserta en la Novísima Recopilacion, ó sea la 3.ª, título 13.°, libro X de dicho código. Se necesita reducir á los más estrechos límites el derecho de retraer, para asentar como asientan estos autores, que sólo tiene cabida esta facultad del pariente cuando en realidad se trata de la legítima de los hijos. La expresada ley recopilada ó sea la de Felipe II, ni la de Enrique IV, ni la del Fuero Real, que son las tres primeras insertas en el título 13.°, libro X de la Novísima Recopilacion, establecen esas diferencias entre las mejoras, donaciones y demas procedentes de los padres y las legítimas que corresponden á los mismos hijos. Las dotes, donaciones *propter nuptias* y mejoras, son bienes verdaderamente *heredados*, ya se traigan á colacion para distribuir las legítimas, ya se les dé el carácter de tales mejoras, y en este sentido no puede decirse de manera alguna que respecto de estos bienes no tiene lugar el derecho de retraer. Más diremos: en muchos casos sería imposible distinguir, qué bienes son los adjudicados como legítima y cuáles otros lo son como mejoras. La mayor parte de los glosadores no descendió al terreno práctico. Si hubieran examinado y ejecutado las muchas particiones en que ha invertido su tiempo el autor de este libro, se convencerian esos teóricos de la necesidad de englobar las legítimas con las mejoras al hacer la adjudicacion y pago de lo que corresponde á cada uno de los herederos. De aquí el conflicto, caso de ser cierta esa doctrina de estar reducido el retracto de sangre á la simple herencia, ó mejor dicho á la legítima, cuáles eran los bienes pertenecientes á ésta y cuáles los de las mejoras, cuando de todo se hace una masa comun al hacerse el pago. Unicamente en aquellos casos en que el testador designara en qué habia de consistir la mejora, puede hacerse ese deslinde.

26. Nosotros hemos defendido, y con buen éxito, el derecho de retraer bienes de abolengo sin entrar en esas distinciones, y entre otros casos podremos citar uno muy notable. El último duque de Abrantes mejoró en tercio y quinto á su hijo menor el marqués de Aquilafuente. Este tuvo por oportuno disponer de algunos bienes comprendidos en su hijuela, que se habia for-

mado con las mejoras y con su legítima, y el señor duque de Abrantes actual quiso utilizar el derecho de retracto de sangre y nadie se lo puso en duda. Y cuando recorramos las muchas y distintas sentencias dadas en esta materia, se verá que nuestro criterio legal está en un todo conforme con la jurisprudencia sentada por el Supremo Tribunal en los pocos pleitos que ocurren sobre estos graves asuntos.

27. Hemos querido hablar primero del retracto de sangre, porque es el más interesante, aunque no sea el más equitativo y justo. Los otros están comprendidos en las leyes siguientes, desde la 71.ª á la 75.ª inclusive, y no queremos invertir el mismo órden que trazó el legislador y con cuya advertencia queda explicado el motivo por el cual dimos nosotros esa misma preferencia al retracto de sangre.

28. Para concluir lo que al mismo concierne, bueno es ocuparnos de los casos sometidos al Supremo Tribunal. Es el primero el siguiente. Se verificaron dos ventas y se otorgaron las oportunas escrituras públicas. Perfeccionados de este modo dichos contratos, salieron parientes del vendedor haciendo uso del retracto; pero aquellas ventas primitivas se rescindieron dejándolas sin efecto. Sin embargo, los retrayentes creyeron que, habiendo nacido su derecho en tiempo hábil y en virtud de contratos solemnes, no habia más remedio que adjudicar las fincas por el precio estipulado en aquellas ventas. El Tribunal Supremo negó la accion de retraer en sus sentencias de 23 de Mayo de 1859 y 11 de Febrero de 1867.

29. Se recordará que no ha mucho dijimos que no puede defraudarse el derecho del retrayente porque se verifique una nueva venta, aunque suponga cualquier motivo ó causa. Así lo tiene resuelto y decidido el Supremo Tribunal en sus sentencias de 22 de Setiembre de 1859, en la ya citada de 11 de Febrero de 1867 y 3 de Julio del mismo año. Todavía hay más. Publicada la ley hipotecaria y queriendo dar en ella gran fuerza y valor á la inscripcion, hubo juristas que, aplicando mal los artículos 36 y 38 de dicha ley, supusieron que una vez verificada la inscripcion en el registro, la trasmision del dominio se habia realizado de un modo solemne y no era posible rescindir el contrato ni áun por el derecho de retracto. El Supremo Tribunal ha declarado lo contrario en su sentencia de 12 de Julio de 1866.

30. Tambien nos hemos ocupado con bastante extension del plazo de los nueve dias en que se debe hacer uso del derecho de retraer, sobre cuyo particular hablan bastante las leyes recopi-

ladas. Hoy tiene que atenerse el jurista, en primer lugar, á lo que dispone la ley de Enjuiciamiento civil en su tít. 13.º, y en el cual habla de esta materia desde el art. 673 hasta el 691. Mucho pudiéramos decir explicando y comentando esas nuevas disposiciones legales; pero repetidamente hemos indicado que semejante proceder no está en nuestras atribuciones. Unicamente diremos que aquella antigua duda de los glosadores sobre la fecha en que debia empezarse á contar el plazo de los nueve dias en las ventas judiciales ha vuelto á renovarse; pero por fortuna el Supremo Tribunal fijó su jurisprudencia en su fallo de 23 de Octubre de 1866 y 14 de Mayo de 1867.

31. A propósito de la fijacion del dia en que ha de empezar á contarse el plazo de los nueve dias en las ventas judiciales, se determina en esas dos sentencias que no está prohibido presentar la demanda ántes del otorgamiento de la escritura de venta, lo cual puede ejecutarse al dia siguiente de verificado el remate, aunque se tarde uno, dos ó tres meses en el otorgamiento de dicha escritura. Y esto es muy natural y justo, porque quizá con el solo hecho de solicitar esta preferencia legal se eviten diligencias, dilaciones y gastos, que en otro caso necesariamente habian de ejecutarse para llevar á puro y debido efecto el remate, todo en perjuicio y menoscabo del antiguo dueño.

32. Todavía es de mayor trascendencia la resolucion referente á la total ignorancia del retrayente respecto á la enajenacion de la cosa. Ese plazo de los nueve dias, ¿es perentorio é improrogable áun cuando el vendedor de la cosa haya puesto en juego malas artes para que no llegue á noticia del retrayente el contrato celebrado? Ya hemos emitido algunas observaciones sobre el particular, inclinándonos á la opinion de que, en muy raros y contados casos, se pueden hacer concesiones al retrayente, que al fin viene á limitar el dominio que otra persona tiene en sus propiedades. Pero tal puede ser el abuso y la mala fé del dueño de la finca, que no haya más remedio que favorecer al inocente contra el culpable. Así lo resolvió el Supremo Tribunal en su sentencia de 27 de Junio de 1865.

33. Qué títulos y qué justificantes se deben presentar con la demanda de retracto, lo dicen los artículos 674 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil. A pesar de eso ya ocurre más de un caso en que se ha creido que si en los nueve dias no se presentaba el verdadero título de pedir, v. gr., la justificacion del parentesco del retrayente y que la cosa era de abolengo, ó el condominio del que utilizara el retracto de comuneros, se per-

dia ese derecho. El Supremo Tribunal, con su criterio acostumbrado, ha dicho que basta la presentacion de la demanda expresando el protocolo ú oficina donde está la documentacion y con lo que se prueba su derecho. No una, sino tres sentencias tratan de esta vasta materia: la de 11 de Enero de 1860, 13 de Mayo de 1864, y especialmente la de 20 de Abril de 1865.

34. En más de un pleito sobre retractos se ha sostenido que la primera diligencia que debe practicarse es la celebracion del juicio conciliatorio, sin cuyo requisito no puede progresar ninguna demanda. El art. 202 de dicha ley de Enjuiciamiento civil excluye de esta diligencia prévia la demanda de tanteo, de retracto y de cualquiera otra que sea urgente y perentoria por su naturaleza. A mayor abundamiento así tambien lo tiene declarado el Supremo Tribunal en su fallo de 11 de Enero de 1860.

35. Hemos sido demasiado prolijos al tratar de las varias y múltiples dificultades que se ofrecen al ejercitarse las acciones que nacen del derecho de retraer los bienes patrimoniales ó de abolengo. Este es el derecho constituido, y miéntras estén vivas y subsistentes esas leyes, no hay más que acatarlas y obedecerlas. Al final de este capítulo emitiremos nuestro parecer sobre lo que en lo sucesivo debe ejecutarse para garantizar más y más el dominio de las cosas. Réstanos ahora tratar de otros muchos retractos de que hablan las leyes recopiladas y tambien algunas de las de Partidas.

36. Ocupa el primer lugar el retracto de comuneros, y por él debíamos haber empezado este estudio. Toda la odiosidad, todos los inconvenientes que ofrece el retracto de sangre desaparecen en el derecho concedido á los condueños para que sean preferidos cuando un condomino quiere vender la parte alícuota que le corresponde en la finca que está *pro indiviso*. Este derecho es de jurisprudencia universal, y no hay código medianamente ordenado, ni de la antigua civilizacion ni de la moderna, que no lo garantice y santifique. En el extenso tít. 5.º de las vendidas é de las compras de la 5.ª Partida se inserta la ley 55.ª, en que se concede ese derecho de retracto al comunero, reproduciendo en dicha ley la extensa doctrina del famoso *communi dividundo* de los romanos [1]. Esa misma teoría se registra

[1] «Pero si alguno de los que han parte en la cosa, quisieren dar tanto por ella, como el estraño, esse la deve auer ante que el estraño. E la vendida del estraño se deve entender que puede ser fecha, ante que sean entrados en pleyto, de la parte. Ca si el pleyto fuesse ya comen-

en las leyes 8.ª y 9.ª del tít. 13.°, lib. X de la Novísima Recopilacion. Pero como estas dos leyes son la 74.ª y 75.ª de Toro, á las que todavía no hemos llegado, no es procedente invertir el órden discutiendo prematuramente lo que en otra parte se debe debatir.

37. Semejante al retracto de comuneros es el del enfiteusis, que tambien examinaremos en su caso y lugar para no confundir materias que deben tratarse separadamente y teniendo diversa significacion y produciendo distintos resultados.

38. ¿Son estos los únicos retractos que se conocen en la legislacion española? Por nosotros contesta esa famosa Novísima Recopilacion, que despues de la ley 9.ª de dicho tít. 13.°, lib. X, inserta otras doce leyes, cuyos epígrafes nos vamos á permitir copiar para hacer sobre todas ellas algunas consideraciones de la mayor importancia. «Ley 10.ª D. Cárlos y doña Juana en Madrid, año de 1528, pet. 14. Derecho de las alhóndigas para la compra de pan con preferencia á toda persona eclesiástica ó secular.—Ley 11.ª D. Cárlos y D. Felipe en Madrid, por pragm. de 1552, cap. 15. Preferencia de los abastecedores y obligados de los pueblos á tomar por el tanto en las ferias el pescado comprado por otros para revender.—Ley 12.ª D. Cárlos en las ordenanzas de Madrid de 25 de Mayo de 1552, cap. 9. Derecho á tomar por el tanto la seda, el que trate en sus texidos, con preferencia á los mercaderes que la compren para revender.—Ley 13.ª D. Cárlos III, por Real decreto é instruccion de 15 de Mayo de 1760, cap. 8, 11 y 13. Privilegio y derecho de los fabricantes de seda del reyno para tantear la comprada por los extractores de ella.—Ley 14.ª El mismo por resol. á cons. de 15 de Febrero, y céd. de la Junta de Comercio de 1.° de Sept. de 1772, cap. 1 y 2. Inteligencia de la ley anterior sobre el derecho de tanteo concedido á las fábricas de seda.—Ley 15.ª D. Cárlos IV, por resol. á cons. de la Junta de Comercio de 6 de Julio, y circ. de 15 de Sept. de 1789. Inteligencia del derecho del tanteo concedido por las dos procedentes leyes á los fabricantes de texidos de seda.—Ley 16.ª D. Cárlos y doña Juana, y en su nombre los Reyes de Bohemia en Valladolid, á 14 de Agosto de 1551. Derecho de tomar por el tanto la mitad de las lanas compradas para extraer del reyno.—Ley 17.ª D. Cárlos III, por resol. á

çado en juyzio para partirla, entonce non la podra vender al estraño, fasta que fuesse partida; fueras ende, con otorgamiento de los otros compañeros.»

cons. de Febrero, y céd. de la Junta de Comercio de 11 de Mayo de 1783, y otra del Cons. de 28 de Marzo de 1784. Nuevas reglas que han de observarse en el tanteo de lanas concedido á los fabricantes de paños, y demas texidos de lana de estos reynos.—Ley 18.ª D. Cárlos IV, en Aranjuez, por resol. á cons. de 4 de Sept. de 1802, y céd. de la Junta de Comercio de 14 de Febrero de 1803. Declaracion del tanto de lanas concedido por la ley anterior á los fabricantes de paños y texidos de ellas.—Ley 19.ª D. Cárlos III, por resol. á cons. de 11 de Nov. de 1769, y céd. de la Junta de Comercio de 17 del mismo. Derecho de tanteo en los géneros de sosa y barrilla concedido á las fábricas de xabon de estos reynos.—Ley 20.ª El mismo, por resol. á cons. de 19 de Sept. de 1781, y céd. de la Junta de Comercio de 1.º de Marzo de 82. Privilegio de tanteo del trapo concedido á las fábricas de papel del reyno.—Ley 21.ª D. Cárlos IV, por resol. á cons. de la Junta de Comercio de 19 de Enero, comunicada en circular de 21 de Abril de 1792. Privilegio y derecho de tanteo concedido á todas las fábricas de texidos de lino y cáñamo de estos reynos.»

39. Aquí está todo el sistema económico de nuestros antepasados desde principios del siglo XVI. En esas leyes promulgadas desde D. Cárlos y doña Juana, se encuentra el orígen de la tasa y el sistema protector concediendo deferencias para comprar por el tanto, no sólo el trigo, sino el pescado. Se creia entónces tambien que habia corporaciones que merecian privilegio para atender y cubrir ciertas necesidades de la vida. Si esto era disculpable en cuanto á los artículos de primera necesidad, porque hoy es el dia que las municipalidades de los grandes pueblos de Europa regulan el precio del pan, porque medidas políticas así lo exigen, contrariando los principios de la absoluta libertad de la contratacion, no puede darse esa excusa cuando el legislador se entromete á regularizar la marcha de la industria.

40. En buen hora, que en tiempo de Cárlos V se creyese que las fábricas de tejidos de seda debian prosperar otorgándoles el derecho de retracto por el tanto para adquirir la seda en rama. Ese error manifiesto es indisculpable en los tiempos de Cárlos III y Cárlos IV. Las juntas de comercio, apoyando esas resoluciones, contrariaban los buenos principios que ya entónces se empezaban á conocer sobre la absoluta independencia de la contratacion.

41. Y lo propio decimos respecto de las fábricas de paños y

tanteo de las lanas, y los géneros de sosa y barrilla, tejidos de lino y cáñamo y hasta del trapo concedido á las fábricas de papel del reino, que son las especies que comprenden todas esas leyes arbitrarias, en las que descubrirá el filósofo el principio de la decadencia de las principales fabricaciones de España. Cuando se medita sobre los adelantos agrícolas é industriales de los árabes; cuando se leen las prescripciones de los numerosos rebaños de merinos que poblaban á España y producian la más rica lana del mundo; cuando viajando por Valencia, Granada y Murcia, se observa esa distribucion de aguas y esas acequias que alimentaban la morera y el naranjo y el olivo y otros mil árboles útiles, se comprende que aquellos árabes fueran los primeros productores, porque realmente en los siglos medios desde el IX al XIV, ese pueblo era el más civilizado del mundo. No puede dudarse, que en el roce contínuo de la reconquista no podia ménos el pueblo cristiano de aprender lo mismo que ejecutaba el pueblo vencido, que entónces no era expulsado y se quedaba en su propio territorio. Cuando á todo esto se agrega, que al desaparecer la media luna y concluir por completo aquella civilizacion arábiga, el pueblo que tan justamente se habia vengado, tenía tal exhuberancia de vida, que surcando los mares, descubrió y conquistó los más extensos y ricos territorios del mundo, no se concibe que luégo se pusieran trabas y se concedieran privilegios.

42. ¿Y todo para qué? Para que en ménos de tres siglos decayera aquel inmenso poder y viniera la nacion, que contaba con tantos elementos, á la mayor decadencia y pobreza. No las busqueis en otras causas, sino en los funestos errores económicos y en un fanatismo religioso inexplicable. El pueblo español desde el siglo X al XV habia sido el más católico y tambien el más tolerante de la cristiandad. Luchó, sí, con el agareno; pero al propio tiempo en grandes períodos de la historia vivió en paz con los sectarios de Mahoma y respetaba y protegia á los que vivian en su territorio como lo hacian á su vez los contrarios con los cristianos que residian en las ciudades y villas dominadas por ellos.

43. Así sólo se explica cómo vino á establecerse en las comarcas mahometanas y cristianas, un tercer pueblo que tenía distintas creencias de unos y otros. Los judíos, esparramados por todo el mundo, eligieron por su principal residencia la Iberia, y no lo hubieran hecho si no se hubiera tenido con ellos tolerancia y hasta dispensado proteccion.

44. Quien niegue estos hechos, desconoce nuestra historia; y ya que somos tan desgraciados que se nos puede considerar como el último pueblo de Europa, permítasenos hacer la defensa de aquellos verdaderos cristianos, que si eran fuertes para combatir á los enemigos de su raza y de su religion, tambien llevaron su tolerancia hasta donde la ha llevado despues el pueblo romano y por consecuencia la Santa Sede, que en los últimos tiempos de su decadencia permitia, no sólo residir á los sectarios de otras religiones, sino ejercer su culto con ciertas reservas.

45. ¿Pero dónde nos conduce nuestro afan de generalizar las cuestiones? Estamos tratando de retractos y nos hemos extraviado hasta el punto de buscar el orígen de la decadencia y ruina de España. En defensa nuestra diremos: que era forzoso hablar del sistema prohibitivo, y que como parte de ese sistema se admitieron las *tasas* y se creyó que los derechos de retracto y tanteo podrian aumentar y favorecer á los establecimientos industriales. La experiencia ha demostrado todo lo contrario, porque nuestras fábricas y nuestra produccion iban á tierra, ciertamente por muchas concausas; pero una de ellas, y muy esencial, fué el del otorgamiento de esos privilegios, que si en un momento dado puede favorecer al privilegiado, muy luégo y decayendo con el tiempo la concesion se arruina la misma industria que se quiere favorecer. Una prueba evidente de la exactitud de esta doctrina la encontrará el mismo lector en sus propios conocimientos. Sin duda habrá aprendido en los libros que el sistema prohibitivo de tasa habia dominado mucho en España y habia causado grandes males; pero sin duda ignoraria que habia diversas leyes sobre la materia en el título de retracto de la Novísima Recopilacion. Por nuestra parte diremos, que hace cuarenta años que manejamos este desordenado libro, y hasta que nos hemos dedicado á la redaccion de este trabajo, no habíamos pasado la vista por esas leyes que tan olvidadas y tan en desuso están.

46. Teniendo que detenernos algun tanto en el comentario de las cuatro siguientes leyes, que tambien hablan del retracto, nos parece prudente no decir más sobre el de sangre en general, porque todavía las 71.ª, 72.ª, 73.ª y 74.ª, hablan de algunos casos particulares.

LEY SEPTUAGÉSIMAPRIMERA.

(L. 10.ª, TÍT. 11.º, LIB. V DE LA REC., Y L. 5.ª, TÍT. 13.ª, LIB. X DE LA NOV.)

Modo como se pueden retraer las cosas de patrimonio vendidas en uno ó muchos precios.

Cuando muchas cosas fueren vendidas por un precio, que sean de patrimonio ó abolengo, que el pariente más propinco no pueda sacar la una, y dejar las otras, sino que todas las haya de sacar, ó ninguna de ellas; pero si las dichas cosas fueren juntamente vendidas por diversos precios, en tal caso pueda el pariente más propinco sacar la que de ellas quisiere, faciendo las diligencias é solemnidades en las dichas leyes del Fuero é Ordenamiento contenidas.

COMENTARIO.

1. Al pasar la vista por esta ley, se comprende fácilmente cuáles son las dudas que trató de resolver. Acontece muchas veces, que varias cosas patrimoniales ó de abolengo se venden y enajenan por un solo precio y los tribunales daban distintos fallos, concediendo unos el derecho de retracto, únicamente cuando se retraian todas las cosas vendidas y otorgando otros ese mismo derecho, aunque sólo se retragera una ó más cosas. La ley de Toro quiso uniformar la jurisprudencia. Dijo: no se puede retraer en el presente caso sino cuando el retrayente se coloca en el mismo terreno que el comprador, cuando adquiere la totalidad de las cosas vendidas. Decision justa, que no menoscaba los derechos del vendedor, lo cual no acontecia si se entrare á investigar qué precio debia darse á cada una de las cosas vendidas. Para ello sería indispensable ante todo empezar

por una tasacion, diligencia molesta, pesada y costosa, la cual repugna la misma naturaleza del retracto, porque si su base descansa *en que se adquiera la cosa por el tanto* ofrecido por una tercera persona sin consideracion á lo que pueda valer ó apreciarse la misma cosa, desaparece este principio fundamental en el instante que se entra en un juicio pericial. No merece por consiguiente más que elogios la primera parte de la ley, cuya letra y espíritu son bien claros, y sabido es, que no hay medios de ampliar su aplicacion más que al que la ley dice, segun así lo tiene decidido el Supremo Tribunal en sus sentencias de 15 de Febrero de 1861, 30 de Setiembre de 1864 y 20 de Abril de 1865.

2. Sin embargo, la segunda parte de la ley no merece los mismos elogios y ménos las opiniones de algunos autores al amplificar su doctrina. Dice la ley: aunque varias cosas patrimoniales ó de abolengo fueran vendidas juntas, siempre que se le dé diverso precio á cada una de ellas, tenga el pariente el derecho de retraer la que le parezca, dejando la que no quiera comprar, practicando las diligencias y solemnidades que previenen las leyes del Fuero y del Ordenamiento. Si esta parte de la ley se aplica de la manera que quieren algunos autores, las consecuencias serían funestísimas y sólo se evitará teniendo mucho cuidado los notarios al redactar las escrituras de venta de esta especie. ¿Se puede dudar ni por un instante que vendiendo dos, tres, cuatro fincas, dando á cada una de ellas un precio y queriendo retraer una sola el pariente, podrá quedar ineficaz el contrato, y por consecuencia sufriendo el dueño de la cosa un grandísimo quebranto? Vamos á demostrarlo con un ejemplo práctico y en el que, habiéndosenos consultado el proyecto de escritura, salvamos los derechos del vendedor adicionando una cláusula en que terminante y claramente se decia que aunque se habian fijado distintos precios á cada una de las cosas, la venta no era más que una, el precio uno y quedaria de hecho y de derecho rescindido el contrato si por cualquier causa, é interpretando mal la ley 71.ª de Toro, se quisiera considerar que habia tantas ventas como fincas vendidas. Así se redactó la escritura y se evitó el conflicto entre personas queridas.

3. El caso era el siguiente. Un diligente labrador habia heredado de varios parientes tres olivares y de otro un excelente molino en que se hacia la molienda de una gran parte de la aceituna de la comarca. Ese molino era codiciado por todos los propietarios, y vendido aisladamente su precio era grande. Por ca-

pricho, razones políticas ó de salud, quiso aquel propietario levantar su casa y vender su hacienda. Hizo el contrato con un convecino que tenía olivares y que principalmente compraba por adquirir el molino. Como la ley hipotecaria exige que cuando se venden muchas cosas á la vez se fije á cada una el precio para que de este modo se inscriban, el escribano, oyendo á comprador y vendedor, dividió ese mismo precio, haciendo para ello un cálculo prudente y teniendo en cuenta que los olivares y el molino iban á pertenecer á una misma persona.

4. En los pueblos pequeños y tambien en los grandes se tiene noticia de todo, y especialmente de aquellas cosas que no hay para qué ocultarlas. Otro labrador pariente algo leido preguntó si tenía derecho de retraer sólo el molino, finca que habia sido independiente y á la que los olivares inmediatos habian pagado tributo. No faltó abogado travieso que, ateniéndose á la segunda parte de la ley 71.ª de Toro, le dijera al pariente consultante que tenía derecho para retraer el molino sin necesidad de comprar todas las tierras y olivares. Por fortuna se enteraron comprador y vendedor de este intrigante proyecto y consultaron al redactor de este libro, que les sacó del conflicto extendiendo un proyecto de escritura, en la que se explicaba que no se podia vender una finca independiente de las otras sin disminuir mucho su valor, y que en el caso que tratara alguno de retraer ó adquirir el molino ó los olivares inmediatos á la presa del rio, habia de pagar una suma mucho mayor del precio que en la escritura se fijaba.

5. Y esto se comprende fácilmente en muchos ramos de la agricultura que necesitan de artefactos y útiles, ya para recoger el fruto ó convertirlo en la materia vendible. Se venden en Andalucía dos suertes de tierra inmediatas, que se llaman cortijos. Una tiene caserío decente y cómodo, que puede servir para las faenas de las dos haciendas. Si se enajenan á distintas personas, de seguro el comprador de la cortijada sin caserío, ó dará un precio ínfimo ó no comprará, y no por eso el comprador de la primera cortijada aumentará el precio, por lo que pudieran servir aquellos edificios á una finca extraña, cuyos beneficios no se experimentan vendiéndose á personas distintas las dos haciendas.

6. Los ejemplos podian multiplicarse hasta lo infinito, porque lo mismo sucede con los viñedos y otros muchos ramos en que se explota la produccion con más ó ménos ventaja, segun los elementos con que se cuenta, y sin duda alguna el legisla-

dor no ha querido que se cause un perjuicio notorio al vendedor ó al que comprara de buena fé, quedándose, ya uno, ya otro, con fincas improductivas ó en que se disminuyera mucho el valor, porque un pariente, ayudado de un privilegio odioso, viniera á retraer la finca que en los casos citados consideramos como el alma y sosten de las otras. No conocemos se haya pronunciado sentencia alguna, aplicando de este modo violento la segunda parte de la ley 71.ª de Toro. Hoy, que tienen obligacion estrecha los notarios de entrar en tantos detalles sobre precio, linderos y demas, porque así lo exigen la ley hipotecaria y sus reglamentos y tambien las leyes del impuesto, deben ser muy previsores advirtiendo á los contrayentes que, para no ser víctimas de intrigas y supuestos derechos, especifiquen que la venta de todas las cosas es una y el precio uno, quedando invalidado el contrato en el momento que se intentara por un tercero adquirir una parte de las mismas fincas, porque la que se intentara retraer tendria un valor de 25 ó 50 por 100 de más.

7. Los perjuicios que se acaban de indicar son notorios, y cuanto en contrario digan Matienzo y otros autores explicando la expresada ley, no destruirá esa monstruosidad áun en el ejemplo que ellos mismos citan, á saber: se vende una casa por 100 pesos y un campo inmediato por 300. En este caso no hay una sola venta, sino dos, y por lo tanto hay derecho de retraer ó el campo ó la casa, aunque se hayan ejecutado esas dos ventas en una sola escritura. Esto es absurdo y disparatado, porque de seguro ni el campo produciria entónces ni la casa podria tampoco utilizarse más que para recoger los frutos de ese mismo campo. Las cosas no se pueden sacar de quicio, y los filósofos y los legisladores y todos los hombres de ciencia tienen que examinar las cuestiones como las discute el pueblo con su buen sentido cuando se trata de perjudicar á sus intereses. Si al último labriego de Andalucía se le dice que tome en arrendamiento, por el precio más ínfimo, pingües y magníficas fincas distantes tres y cuatro leguas de toda poblacion y que no se les da el caserío en donde están los tenados y demas enseres para la labranza, contestará si quieren burlarse de él.

8. Somos muy partidarios de los episodios cuando estos ilustran. Todo el mundo tiene noticia de la gran propiedad territorial que posee en Andalucía nuestro querido amigo el caballeroso duque de Osuna. En una época ya lejana administró ese rico patrimonio una persona montada á la moderna, si nos es lícita esta frase. Esta persona, embebida en las ideas innovado-

ras, formó un célebre proyecto de arrendamiento y cultivo, con el cual las rentas del duque se quintuplicaban y se hacian felices á millares de jornaleros. El plan en el papel parecia brillante y los cálculos matemáticos eran exactos. Para principiar, se escogieron 8 ó 10.000 fanegas de tierra y se distribuyeron en pequeñas suertes de 6, 8 y 12 fanegas. Todo fué alborozo y contento, y el nombre de aquel apoderado general se inscribió en la casa de ayuntamiento de algunos pueblos. A los dos años todo era tristeza y desconsuelo. Los colonos se habian perdido, muchas de las tierras estaban esquilmadas y la casa ducal no habia hecho efectivas más que pocas é insignificantes rentas. Han pasado muchos años y hoy se están sintiendo todavía las consecuencias de aquella calaverada, del ensayo del socialismo práctico, aunque reconociendo el derecho de propiedad. El que no tenía para un par de mulas ó bueyes, y los tomó con gran interes ó los compró á un precio excesivo; el que carecia de aperos de labranza y de los demas útiles necesarios para el cultivo; el que tenía que andar una y dos leguas para ejecutar las mil operaciones agrícolas, porque no tenía albergue ó cortijo donde meterse él ó su ganado, ¿cómo habia de cultivar bien y sacar provecho de su especulacion? Sucedió lo que no podia ménos de suceder, como acontecerá siempre que el recto juicio no presida á los actos de la vida y cuando se quieren sacar las cosas de quicio, como hemos dicho ántes. El cultivo en pequeño no puede ejecutarse sino en los países muy poblados y contando siempre el cultivador con algunos elementos que no se improvisan.

9. Y tiene gran analogía y conexion con el asunto que tratamos todo lo que se viene diciendo, porque tambien hay algo de socialismo en querer separar lo que no puede estar separado, como es la casa de campo del bosque ó terreno cultivable para que se destina, aunque esté á cierta distancia y separadas una y otra finca. No habrá, por consiguiente, dos ventas cuando las dos cosas se enajenan á la vez á un mismo comprador y por un solo vendedor, por más que se les ponga diversos precios para encerrar dicho ejemplar en las últimas palabras de la ley 71.ª de Toro. Cuando de la aplicacion de las leyes en cierto sentido resulta un absurdo monstruoso, los jueces rectos no las han entendido de este modo jamas, y por el contrario las han aplicado segun las reglas del buen sentido.

10. Y por las mismas razones rechazamos la opinion de los que sostienen, que cuando el vendedor enajena una cosa de

abolengo y otra que no lo es, puede el pariente utilizar el retracto de sangre adquiriendo la primera cosa y desechando la segunda. Este es un caso más comun. Un propietario hereda de sus antepasados un olivar que, ó no tiene molino ó éste está montado como se montaban hace un siglo. Este propietario edifica en una finca inmediata ó compra un molino colocando maquinaria moderna, que da sér y vida á ese mismo olivar de abolengo. Vende despues las dos fincas, el olivar y el molino. ¿Podrá un pariente decir: retraigo el olivar, que es de abolengo, porque yo tengo otro molino donde moler la aceituna y dejo el artefacto que construyó mi pariente y que podria destinarlo á que sirviera para mansion de alimañas, porque ya no tenía otro objeto á que destinarle? Pues estas son las consecuencias que se deducen de sostener el parecer contrario.

11. Más racional y prudente es la opinion de los que sostienen, que cuando acontezca el ejemplar de venderse una cosa patrimonial y otra que no lo es, el pariente pueda retraer los dos á la vez, porque esa circunstancia de venderse una finca de abolengo con otra que no tiene este carácter, no debe excluir el derecho de retracto de sangre y puede considerarse que la cosa libre es lo accesorio y la de abolengo lo principal. Esto ofrece ménos inconvenientes que los que saltan á la vista, de permitir se retraiga la cosa patrimonial y se quede la no patrimonial en poder del comprador, que no la querrá admitir, ó el vendedor, sufriendo un notorio perjuicio siempre, porque quedarian fallidos sus cálculos y padeciendo un gran deterioro la estimacion de la cosa, que, aislada, ya no servirá para el objeto que se la destinó.

12. Repetimos, que cuantos intervienen en la trasmision de fincas deben tener una esmerada diligencia en la redaccion de escrituras de esta especie, porque aunque para nosotros la ley 71.ª de Toro está bien clara y terminante, los ingeniosos comentadores han dado lugar á mil dudas y á pleitos que suelen arruinar las familias.

LEY SEPTUAGÉSIMASEGUNDA.

(L. 11.ª, TÍT. 11.°, LIB. V DE LA REC., Y L. 6.ª, TÍT. 13.°, LIB. X DE LA NOV.)

Retracto de la cosa de patrimonio vendida al fiado.

Cuando la cosa que es de patrimonio ó abolengo se vendiere fiada, que el pariente más propinco la pueda sacar por el tanto assi mismo fiada, con tanto que dentro de los dichos nueve dias dé fianzas bastantes, á vista de la nuestra justicia, que pagará los maravedises porque assi fué vendida, al tiempo que el comprador estaba obligado.

COMENTARIO.

1. Es de presumir que esta ley se promulgara porque se eludia el derecho de retracto, suponiendo que las fincas se daban al fiado sin perjuicio de hacer efectivo su importe del modo que convinieran comprador y vendedor. Ya hemos indicado en otro lugar, que son muchos los ardides que se ponen en juego contra ese privilegio odioso y que el legislador no conseguirá nunca poner correctivo á la incentiva del interes individual, particularmente cuando se quiere privar á los dueños del derecho de disponer de su propiedad. Para que los tribunales se inclinen á favor de los retrayentes, es necesario que esté perfectamente comprobada la confabulacion y las malas artes.

2. La verdad es, que con esta ley se da mayor extension al retracto de sangre, porque si bien la venta al fiado es tal venta, tiene muy distintos caractéres é influyen en su otorgamiento muchas y distintas causas. ¿Quién duda que tal vez ese derecho y esa trasmision no descansen en un acto benéfico ó en el pago de un beneficio recibido? ¿Podria equipararse entónces ese pri-

vilegio del pariente desconocido ó tal vez enemigo con el fundamento en que descansara la venta al fiado? Hacian bien los tribunales, que ántes de la promulgacion de las leyes de Toro negaban al pariente que pudiera retraer sin entregar el precio al contado.

3. La confianza con nada se paga. Hay personas á quienes se les da el alma y la vida, segun el dicho vulgar, y otras que no merecen se les fie ni el valor de un cigarro. ¿Cómo puede el legislador equiparar tipos tan opuestos en perjuicio hasta de deberes muy sagrados? Una persona rica recibe un señalado servicio y quiere pagarlo vendiendo á su servidor al fiado una finca para que la cultive sin llevarle intereses ni réditos en tres, cuatro ó más años; ¿cómo puede atravesarse el pariente, á quien tal vez aborrezca, y con razon, diciendo, aquí estoy yo con mi derecho de abolengo á que se me entregue la cosa con las mismas ventajas y sacando ese beneficio? Ya la ley no distingue, y aunque en semejante pleito estaríamos siempre contra el retrayente, lo sensible es, que pueda ponerse en duda el derecho del propietario á disponer de lo suyo con las condiciones indicadas ú otras análogas, porque podríamos reproducir los ejemplos hasta el infinito y en todos ellos resultaria la monstruosidad de esa concesion.

4. Y no se desvirtúa la fuerza de estos razonamientos porque en la ley se lea que el retrayente ha de dar fianzas saneadas, para que quede garantido el derecho del comprador y no pierda éste el precio fijado á la finca vendible. A semejante reflexion, nos ocurre recordar un dicho célebre de uno de nuestros maestros cuando se le consultaba sobre las garantías de cualquier contrato. Así como es hasta vulgar preguntar quién *es ella*, tratándose de la averiguacion de los delitos, interrogaba nuestro citado maestro quien *es él*, con quién va V. á contratar, porque en efecto todas las hipotecas, todas las garantías y seguridades no evitan un pleito largo y costoso á que da lugar un contrayente de mala fé ó un embrollon de los muchos que andan por el mundo.

5. Sí, la ley quiere que se den fianzas bastantes y los autores recomiendan á los jueces que exijan buenas y valiosas fianzas; pero por muchas que sean las precauciones, el pobre vendedor puede verse burlado por las circunstancias que concurran en el retrayente. ¿Qué abogado de alguna práctica no ha tenido varios ejemplares de pobres vendedores á plazo, que han tenido que acudir á los concursos de los compradores, y á pesar

de ser acreedores de dominio, han litigado uno, dos ó más años estando privados de las rentas de sus fincas, y si llega el dia feliz de recobrarlas, las reciben en completa esterilidad ó por lo ménos muy deterioradas? Pues esto ha acontecido más de una vez á alguno á quien se le retrajo la cosa al fiado, dándole sí una buena hipoteca; pero que esta misma garantía y la de la finca vendida, no le impidieron tener que seguir un pleito en que sufrieron gran detrimento sus intereses. El que vende á un intrigante y mal pagador, debe culparse á sí mismo, porque no tuvo prevision y cautela. Este cargo no se le puede dirigir al que se ve obligado á vender á la fuerza y tal vez á la persona más antipática para él.

6. Deber nuestro es recomendar siempre la obediencia de la ley; pero si hay medios honrosos de eludir el cumplimiento de preceptos tiránicos, nuestra conciencia no sufre nada con dar consejos al cliente para que consiga su objeto, adoptando una marcha que no esté en oposicion con el precepto de la ley. No há muchos años que una persona acomodada queria pagar los servicios de un criado que habia sido su ángel de guarda, á la cabecera de su cama, en una gravísima enfermedad. Aquel criado cultivó de muy jóven una pequeña hacienda, y estaba enamorado de ella, porque allí habia nacido y en ella habian sido caseros sus padres. El amo no se la queria donar para que no se considerase rico y se abandonara. Su pensamiento era vendérsela á largos plazos para que, con la mitad de la renta, pudiera pagárselo en doce años. Habia, sin embargo, la dificultad y el temor de que un pariente la retrajese, convirtiendo en su provecho lo que sólo se ejecutaba por un acto de liberalidad. A esta persona benéfica le dimos el consejo que arrendara esa finca por toda su vida al colono por la ínfima renta que él habia calculado y que en su testamento se la legara para que entrase en su disfrute, pasado el tiempo en que él creyera debia entrar en el pleno dominio el doméstico favorecido. Contento y satisfecho se marchó el consultante y ejecutó cuanto le habíamos dicho y evitando las tristes consecuencias que hubiera producido por el retracto de abolengo la venta al fiado.

LEY SEPTUAGÉSIMATERCERA.

(L. 12.ª, TÍT. 11.º, LIB. V DE LA REC., Y L. 7.ª, TÍT. 13.º, LIB. X DE LA NOV.)

Derecho del pariente inmediato á retraer la cosa vendida cuando el más próximo no quiera retraerla.

Cuando el pariente mas propinco no quisiere, ó no pudiere sacar la cosa vendida por el tanto, el pariente mas propinco siguiente en grado la pueda sacar, é ansi vayan de grado en grado por todos los parientes dentro del cuarto grado, con tanto que sea dentro de los dichos nueve dias, y con las otras diligencias contenidas en la dicha ley del Fuero y Ordenamiento.

COMENTARIO.

1. A pesar de que la ley del Fuero estaba bien explícita concediendo única y exclusivamente al pariente más próximo, dentro de cierto grado, el derecho de retraer, pero no extendiendo la concesion á los demas individuos de la familia, indeterminadamente las malas prácticas fueron introduciendo la novedad de que cuando ese pariente más propinco no queria retraer, lo pudiera ejecutar cualquiera de la misma familia, es decir, que lo que era odioso como dos se quiso hacer odioso como veinte. La ley de Toro puso á esto un límite fijando el cuarto grado; pero causando al propio tiempo no pequeño daño, porque aplicando las citadas leyes del Fuero y del Ordenamiento rígidamente, no habria medio de retraer cuando el pariente más propinco no queria usar de ese derecho.

2. Desde la promulgacion de esta ley 73.ª abrióse una especie de puja, no en el precio, sino en el uso del derecho entre

los parientes del vendedor, y dicho se está que el más próximo era preferido al más remoto, aunque se presentara despues, siempre que lo ejecutara durante el término de nueve dias y hallándose, por supuesto, dentro del cuarto grado.

3. Una verdadera duda ocurre en un caso dado, v. gr., cuando son dos parientes en igual grado los que quieren utilizar el derecho de retraer, porque no basta decir que entónces se dividirá la finca por partes iguales. ¿Y cuando esto no pueda realizarse, ya porque la cosa sea indivisible, como una casa, un molino ú otro artefacto, ya porque, partida la cosa en dos porciones iguales, desmerezca extraordinariamente la misma finca? La ley nada dice de esto, y cuando ocurra semejante conflicto, los tribunales tienen que acudir á las buenas reglas de interpretacion aplicando los rectos principios de la justicia. ¿No es divisible ó no conviene que la finca se parta? Pues déjese al primitivo comprador que la adquiera por el precio fijado, á no ser que alguno de los dos parientes desista y el otro se coloque en su lugar. Hace muchos años que se le consultó al autor de este libro un caso de esta especie, en que dos hermanos utilizaban el derecho de retraer una finca que un tercer hermano vendia á un primo. Les propuso el abogado consultor que, en vez de pleito, abriesen entre ellos una subasta: adoptaron el pensamiento, y en ello fué ganando el vendedor, porque el precio de la cosa se aumentó en un 10 por 100, dándola el valor que verdaderamente tenía. El legislador no debia olvidar nunca que el que vende lo hace generalmente por necesidad, y que en la mayor parte de las ocasiones pierde en el precio. Ya que se restringen los derechos de dominio concediendo al pariente el privilegio del retracto, podia haberse compensado esa limitacion admitiendo, como queda indicado, que esa especie de combate entre el que ya tiene ese derecho en virtud de la escritura pública que á su favor se otorgó, y el pariente, que se viene á interponer entre el comprador y vendedor, entregando el tanto por la cosa vendida, se decidiera en un remate solemne. Pudiera, en algun caso, dar esto lugar á entenderse comprador y vendedor para privar de su derecho al pariente, lo cual hay mil medios de poner en práctica. De este modo, en la generalidad de las ventas, el vendedor sería el beneficiado, que es en todo caso el que merece mayor proteccion.

4. Por último, se ocupan los autores en investigar cómo se han de contar los grados de parentesco: si aplicando el derecho canónico ó el derecho civil. Sobre el particular no debia haberse

escrito una línea. Quisiéramos estar en disposicion de decir algo sobre las computaciones canónicas que vinieron á modificar el derecho civil asentando como verdad una ficcion, cual es que hay tantos grados como generaciones, y que sólo se deben contar subiendo desde el pariente remoto al tronco comun, lo cual no se ejecuta por derecho civil en que se recorre toda la ascendencia y descendencia de los dos parientes. Siendo, como es, el retracto una institucion civil, ni como sutileza debia haberse preguntado por los autores si era aplicable el derecho canónico ó el derecho civil para calificar ese parentesco. Si en las herencias y en otras trasmisiones de dominio no juegan para nada los cánones de la Iglesia, ménos podrán ser atendibles esos principios que ampliarian no poco el odiado privilegio del retracto. Las leyes del tít. 6.º de la Partida 4.ª, vienen regulando la manera de hacer los cómputos, tanto para las herencias, como para todo aquello en que se trata de inmediacion y preferencia de parentesco. Nuestras leyes en esta materia no se han separado de las buenas teorías del derecho romano.

LEY SEPTUAGÉSIMACUARTA.

(L. 13.ª, TÍT. 11.º, LIB. V DE LA REC., Y L. 8.ª, TÍT. 12.º, LIB X DE LA NOV.)

Preferencia del señor del dominio directo y del que tenga parte en la cosa al pariente más propincuo para retraerla.

Cuando concurren en sacar la cosa vendida por el tanto, el pariente más propinco con el señor del directo dominio, ó con el superficiario, ó con el que tiene parte en ella, porque era comun, prefiérase en el dicho retracto el señor del directo dominio y el superficiario, y el que tiene parte en ella al pariente más propinco.

COMENTARIO.

1. No se creerá que el contesto de esta ley haya dado motivo para ardientes polémicas, porque sus frases y palabras son bien claras y terminantes, y no se prestan á interpretaciones de ningun género. Sin embargo, Albornoz se pelea con su maestro Antonio Gomez, y Lopez Salcedo llama soñador al primero, y supone que no entendia una palabra de legislacion. Tambien Molina inventa casos, y por último, viene Llamas á terciar, y tomando la batuta, se explaya largamente en la glosa de esta ley. Nosotros nos limitaremos á explicarla y comentarla, dejando á un lado cavilaciones que no son propias de profundos jurisconsultos.

2. No es digna de ellos la discusion de si en la ley hay partículas disyuntivas ó copulativas. La cuestion se resuelve con leer el contexto de la ley. En su primera parte hay partículas disyuntivas, porque este es el carácter de la partícula *o*, y cuando una palabra ó frase tiene su verdadero significado, son in-

útiles y hasta dignas de crítica las distinciones escolásticas, y más aún cuando pugnan hasta con la natural inteligencia que se debe dar al texto de la ley.

3. ¿Qué decidieron los Reyes Católicos en la ley que comentamos? Decidieron sobre la preferencia cuando fueran á usar del derecho de retracto dos personas con diferente derecho. En las leyes anteriores, y concurriendo dos parientes, era preferido el más propinco. Pues ahora habia que decidir cuándo esos retrayentes ostentasen distinto título, apoyándose uno en el parentesco y otro en su accion real, por ser señor del dominio directo ó del útil ó tener parte en la cosa. En casos tales, añade la ley, que el señor del directo dominio y el superficiario; en fin, el que tiene parte en la cosa, objeto del retracto, sea preferido al pariente más propinco.

4. Explicar de distinta manera la ley, es dar tormento á sus palabras, porque el legislador vino á decir en resúmen que los derechos dominicales son más preeminentes que los del parentesco; y ya sea el condueño, ó el señor del dominio útil, ó el señor del dominio directo, será preferido al que sólo alegue su título de abolengo. Este principio legal se apoya en la buena teoría, de que las leyes aborrecen la mancomunidad y todo lo que tienda á consolidar los dominios, ó, lo que es lo mismo, que las cosas pertenezcan á un solo dueño; eso será lo protegido y amparado por el legislador. Luego, ya sea el que tiene la cosa en comun, ya ostente sólo el dominio directo, ya, en fin, esté en posesion del útil, cualquiera de éstos, concurriendo con el pariente más propinco, será el preferido, y retraerá la cosa, por el tanto, arreglándose á los principios universales del retracto. ¿Y qué sucederá cuando hagan la concurrencia al pariente más cercano dos de esos mismos condueños, uno el señor del dominio directo y otro que tenga una parte del útil? De este caso y otros semejantes no habla la ley, si bien pueden ocurrir y desgraciadamente ocurren en provincias importantes de España, en aquellas en que existen los foros y subforos.

5. Esa pregunta tiene que resolverse, no atendiendo á los preceptos de la ley 74.ª de Toro, sino á las leyes de Partida que hablan del enfiteusis. Sabido es que los derechos del señor del dominio directo son mayores y de más importancia que la facultad ordinaria de retraer. Cuando el usufructuario perpetuo, ó sea el señor del dominio útil, quiera enajenar lo que le corresponde, necesita de la licencia del señor del dominio directo, el cual tiene nada ménos que dos meses para quedarse con ella ó

conceder esa misma licencia ó negarla, segun algunos. Será esto un derecho de retracto distinto, llámese de tanteo ó llámese de otra manera; pero repetimos que esto no se otorga ni concede por la ley 74.ª de Toro, sino que viene establecido en la 3.ª de *jure emphiteutico*, cuya doctrina se ha copiado con gran exactitud en la ley 29.ª, tít. 8.º, Partida 5.ª Los que quieran mayores explicaciones, las encontrarán en el núm. 31 del comentario á esta ley de Antonio Gomez.

6. Y los casitos pueden reproducirse mucho. ¿Qué acontecerá cuando son dos los condueños del dominio directo y hay un solo superficiario? Vende uno de los señores del dominio directo, y el otro condueño pide la cosa, á la que aspira al mismo tiempo el dueño de la superficie. ¿Cuál de estos dos contrayentes será el preferido? Albornoz defiende que el condomino del dominio directo. Molina y Antonio Gomez sostienen lo contrario, porque, prefiriendo al señor del dominio útil, es más fácil consolidar la propiedad. Nosotros encontramos todavía una razon más poderosa, y es que, estimado en absoluto el valor del dominio de una cosa, que paga, v. gr., una renta, que luégo se divide en dos ó más, los dueños particulares de esta renta representan ménos en aquella finca que ese mismo dueño superficiario. De modo que en todos conceptos es superior el título del dueño superficiario para que se le otorgue el derecho de retraer en competencia con el que ostente cualquiera otro título.

7. Echando la imaginacion á volar, es muy fácil que se tropiece con alguna institucion que tenga analogía con esos dominios directo y útil. ¿Qué acontece, pregunta más de un autor, cuando vende el señor del dominio directo, porque hay otra persona que goza del usufructo? ¿Puede el usufructuario en ese caso utilizar el derecho de retracto? El verdadero, el que lleve ese título sin ningun otro adherente ni circunstancia, no puede retraer, porque el derecho de usufructo concluye con la vida del usufructuario. ¿Y cuando es perpetuo? Entónces no es usufructo, sino dominio útil que entra en la categoría y condiciones de esa misma propiedad. Sabido es que, discurriendo los autores sobre la más ó ménos extension del usufructo para saber cuándo se extingue y consolida con la propiedad, los jurisconsultos romanos lo extendieron á solo dos vidas, y así lo consignó tambien Justiniano en el párrafo primero de *usufructu* de sus instituciones. Así tambien los hombres entendidos en derecho han aconsejado á los mayorazguistas amantes de la antigüedad, que dejaran dos usufructos para perpetuar la vinculacion, dere-

cho incuestionable, con arreglo á la legislacion comun, que si bien prohibe la perpetuidad del usufructo no impiden las trabas que se pueden poner para amortizar la propiedad por un tiempo limitado. Aunque de esta materia tratamos ya al comentar las leyes sobre vinculacion, bueno es que queden aquí fijados los caractéres del usufructo.

8. Es sin duda un derecho precioso que se aproxima al dominio; pero no tiene ni puede dársele este carácter. Por eso todos los juristas reconocen que el usufructo es una servidumbre, pero no por eso es parte del dominio, sin engolfarse en si puede llamársele dominio *non simpliciter*, sino *secundum quid*. En algunas ocasiones, nuestros comentaristas dejan muy atras al sutil Escoto y demas teólogos famosos. Ya se sabe que el usufructo produce una accion real, que concede al usufructuario el derecho de perseguir la cosa contra cualquiera que la detente y que puede arrendarla, y hasta ceder ese mismo usufructo con limitaciones; pero ajustándose siempre á la excelente frase de usar y disfrutar de la cosa con tino y medida, porque de lo contrario estaria á las resultas. No se pierda de vista lo que sobre el particular dice la ley 24.ª, título 31.º, Partida 3.ª: «Otrosi decimos que si aquel á quien fuese otorgado el usufructo ó uso de la cosa, otorgase despues á otro alguno el derecho que él habia en ella, que se desata por ende el usufructo ó el uso, é tornase por ende al señor de la propiedad, é de allí adelante non le debe haber, nin el otro á quien lo él otorgó. Ca como quier que este atal que ha el usufructo ca la cosa, lo podria arrendar á otro si quisiese, con todo eso el derecho que en ello habia, non lo puede enagenar.» Contra texto tan expreso, no sirven declamaciones ni sutilezas. El usufructo es un derecho personalísimo, y aunque por medios indirectos pueden cederse los rendimientos y rentas de la cosa, no así el dominio de ese mismo usufructo. El retracto, siendo odioso como universalmente se reconoce, no puede hacerse extensivo á casos que no designa la ley; y si la que discutimos habla del señor del dominio directo, del superficiario y del comunero, y el usufructuario no tiene ninguno de estos caractéres, por más que tenga mucha analogía con el segundo, la consecuencia indeclinable será que no puede otorgase á éste esa preferencia de quedarse con la cosa que vende su verdadero dueño.

9. En rigor no debíamos hablar aquí del enfiteusis, en que el señor del dominio directo tiene un derecho más preferente que el de retracto, supuesto que el dueño del dominio útil está

en la obligacion de dar cuenta al señor del dominio directo con dos meses de anticipacion de su propósito de vender. Segun algunos autores, no sólo puede el que constituyó el enfiteusis quedarse con la cosa en ese período mucho más largo que el del retracto, sino hasta negarse á dar la licencia para vender, amen de disfrutar del derecho de laudemio, que va siempre inherente á este contrato. Todo esto lo hemos tratado al hablar de censos y sería enojoso y molesto la reproduccion de lo que allí se dijo. Baste manifestar que ese derecho es más privilegiado que el del retracto, porque tiene un orígen más noble, cual es la antigua concesion del dueño del suelo, que se quedó con las facultades y atribuciones que son propias de este pacto.

10. Mas volvamos la accion por pasiva. No es el superficiario, sino el señor del dominio directo quien vende: ¿tendrá derecho de retraer el primero? No hay inconveniente en contestar afirmativamente, porque si la teoría y las leyes aborrecen la mancomunidad; si el censatario ó el que paga la pension, no puede ménos de considerársele como condueño y la ley actual los coloca en cierto modo en el mismo lugar, justo es otorgar idéntico privilegio, con el fin laudable de que se consolide el dominio directo con el útil, proceda la iniciativa de vender ya del superficiario, ya del antiguo propietario de la cosa ó sus causantes. Habrá sí una diferencia, y es, que el superficiario no gozará de los dos meses que una ley especial otorga y concede al señor del dominio directo, así como tampoco se le otorgan por ningun concepto el derecho de laudemio y los demas propios y exclusivos desde que perciben las pensiones. Podrá, sí, retraer en el término comun y ordinario de los nueve dias; pero sin equipararse en nada en lo demas al señor del dominio directo.

11. Y una demostracion de la justicia y procedencia de nuestras opiniones en esta materia se encuentra en las leyes fiscales relativas á la desamortizacion. Las corporaciones religiosas, los ayuntamientos y demas institutos, de cuyos bienes se apoderó la Hacienda pública, tenian numerosos censos. A los que los pagaban, es decir, á los señores del dominio útil, se les otorga el derecho de redencion con preferencia á todo otro licitador, porque esas cargas no se sacan á pública subasta hasta que pasa el término que las mismas leyes prefijan. En realidad, los dominios directo y útil establecen un título igual al de los comuneros, del cual diremos lo que convenga al comentar la siguiente ley.

12. Por más que diga el profundo Heineccio, cuyas opiniones respetamos generalmente, no nos parece muy acertado que califique de retracto *convencional* al pacto de retroventa, tan comun y usual en muchas enajenaciones, y que es tan amplio y con tantas y tan diversas condiciones como los contrayentes quieran imponerse. No en las reglas y disposiciones del retracto, sino en el axioma inconcuso de que la voluntad de las partes es la suprema ley, descansa cuanto pueda decirse de la retroventa y de cualquier otro precepto que se imponga en cualquiera otra convencion, siempre que sea lícita y honesta, y no se halle prohibida por una ley expresa.

13. No nos molesta que tambien se llame retracto al derecho concedido á las ciudades, villas y lugares para adquirir los oficios públicos del gobierno enajenados por la Corona. Las leyes 12.ª y 13.ª, tít. 7.º, lib. VII de la Novísima Recopilacion así lo determinan y otorgan, y en su derecho han estado las corporaciones populares para utilizar ese retracto. Hoy ha caducado esa facultad por la sencilla razon de que el Estado ha reivindicado esos derechos como propios y exclusivos de la soberanía. Cómo se ha realizado esa incorporacion y cómo se ha hecho el pago á los dueños de los oficios, no nos toca á nosotros decirlo. Corresponde esto á los hombres que se ocupen de la historia de la Hacienda española. El despilfarro y desbarajuste de los intereses públicos no es producto de las revoluciones modernas. La demagogia lo invade hoy todo y amenaza arruinar á las sociedades modernas. No hace en esto más que seguir las huellas de su hermana primogénita la tiranía de los poderosos de la Edad Media. El sistema económico del despotismo de los seis últimos siglos no tiene comparacion con nada. Los fondos se tomaban donde los habia, y cuando el interes particular ocultaba ingeniosamente los recursos, entónces se acudia á ese medio desastroso de venderlo todo, hasta el derecho de mandar y castigar. La jurisdiccion, que es el atributo más grande y noble del supremo gobierno, se vendia, no por un plato de lentejas, como aquella primogenitura del judío, sino por cuatro maravedises que no sacaban de ahogos, como no sacan á los actuales poderes públicos los préstamos á la menuda. ¡Ah! El ánimo del buen patriota y del ciudadano honrado se contrista y decae al estudiar la marcha de la humanidad y la historia de los antiguos pueblos. ¿Será cierto que nuestra imperfeccion sea tanta que ese progreso indefinido haya de ser una mentira? ¿Estará escrito por el Omnipotente que sólo en lúcidos intervalos gocen de

felicidad y ventura las naciones? Esa lucha eterna oprimiendo á las mayorías, ya á nombre de la mal llamada soberanía nacional, ya invocando nada ménos que el principio divino de que los reyes son la imágen de Dios ó el sacerdocio su único representante, ¿no acabará nunca, como no ha acabado en las pasadas edades, oprimiendo á los pueblos los dictadores y tiranos, llamándose unos emperadores y otros jefes de tantas y tan diversas repúblicas?

14. Separémonos de meditaciones que otras plumas y en otros libros deben explanar y desenvolver. Aquí hablamos de los oficios públicos que se vendian por un pedazo de pan. Las Regidurías, las Procuras, el derecho de vender en los mercados, el delicado y honroso oficio de dar fé y otros mil y mil empleos de funcionarios, unos que se necesitan, y otros que se creaban con el único objeto de hacer dinero, mermaban las atribuciones del municipio y tambien del supremo gobierno, porque, como ya hemos dicho ántes, se vendia la jurisdiccion civil y criminal, que tambien se podia retraer por los pueblos ó por la misma corona. Esta tenia extensas y ámplias facultades, habiendo sometido la decision de estos asuntos al Consejo de Castilla, y en los últimos tiempos, en 12 de Febrero de 1803, se sometió el conocimiento de los negocios de tanteo de jurisdiccion y señoríos al Consejo de Hacienda, segun así lo manda y previene la ley 16.ª, tít. 10.º del lib. VI de la Novísima Recopilacion.

15. Cuidado que en esa misma materia las leyes antiguas tuvieron bastante respeto al derecho de propiedad. Como muestra citaremos la ley 1.ª, tít. 18.º, Partida 2.ª, en que se habla de cómo debe recibirse al rey y guardarle en los castillos y fortalezas. Hablando de las ventas de dichos castillos, dice: «que no los deben enajenar en ninguna manera en vida ni en muerte á homes de fuera de su señorío, ni á otros de quien podiesse venir guerra, nin daño al reyno; ante, segund Fuero antiguo de España, si los quissiesen vender, ó cambiar, deuenlo primeramente fazer saber al rey.»

16. Sin embargo, ni en las Partidas ni en ninguno de los antiguos Códigos se determinaba de un modo absoluto que el poder público ordenara y pudiera incorporar al Estado las rentas públicas que se habian enajenado por título oneroso como alcabalas, tercias, medios por ciento, de cuyas enajenaciones habian abusado tanto los monarcas, y con especialidad los de la dinastía austriaca. Sancho de Llamas afirma que Felipe V

expidió en 1732 una real órden mandando que la contaduría general de distribucion procediese al desempeño de todas las alcabalas, tercias, servicio ordinario y cuatro medios por ciento que se hallaran enajenadas del real patrimonio por título de ventas perpétuas y al quitar pagándose á los dueños las mismas cantidades que dieron en sus primitivas compras, y cuya real órden se insertó despues en el auto 6.°, tít. 15.°, lib. X de la Novísima Recopilacion. Ni en ese título citado, que habla de los censos, ni el 13.° que se ocupa de los retractos y derechos de tanteo, hemos encontrado esa disposicion legal. La idea nos suena, y más porque nos parece la resolucion justa. Existirá sin duda cuando autor de tanta erudicion la cita. Lo que sí podemos asegurar es, que ni esa contaduría general de distribucion, ni la caja de amortizacion, llamada hoy direccion de la Deuda, cumplieron con lo resuelto por Felipe V. Las alcabalas y demas efectos vendidos no se pagaron, y lo que es más sensible aún, los intereses que han dejado de cobrar en muchas ocasiones; y estos capitales sagrados han estado en gravísimo peligro de desaparecer por diversas medidas revolucionarias. Esta es la historia de todos los créditos contra la Hacienda pública, cuyo estado en los tiempos antiguos y en todas las naciones de Europa era de bancarota perpétua, de cuya situacion lamentable no ha salido todavía España, ni es probable salga en muchos años.

17. Para concluir el comentario de esta ley, diremos que algunos autores han defendido que es una especie de retracto el derecho de reversion que concedieron los Reyes Católicos para que volviesen á la corona las donaciones hechas por D. Enrique II en el caso de que los donatarios no dejaran hijo legítimo. Es la ley 10.ª, tít. 17.°, lib. X de la Novísima Recopilacion, cuya doctrina está ampliada en la 11.ª publicada por D. Felipe V en Madrid en 23 de Octubre de 1720.

18. Esta materia de reversion á la corona ha dado lugar en los siglos pasado y presente á ruidosos pleitos que formaban el patrimonio de muchos abogados de Madrid, porque era rara la casa de la grandeza que no tuviera que sostener uno ó dos pleitos con el ministerio fiscal sobre las adquisiciones hechas en tiempo de los Enriques. Hoy son escasos ya los litigios pendientes, porque, destruidos los mayorazgos, la mayor parte de las casas de la nobleza han distribuido sus antiguos y ricos patrimonios. En su tiempo estas demandas fueron un argumento *ad terrorem* que utilizaron los monarcas contra los ri-

cos homes. Los Reyes Católicos fueron los primeros que utilizaron este recurso anulando varias de las mercedes Enriqueñas, especialmente las otorgadas por Enrique IV, y que luégo desenvolvió en gran escala Cárlos V, menoscabando el prestigio de la nobleza en las Córtes de la Coruña, y valiéndose de ellas para acabar con las libertades públicas en la batalla de Villalar. Así el pueblo, uniéndose al monarca, rebajaba el elemento aristocrático; y adulando despues á éste, que se habia envilecido, acababa con el prestigio de los procuradores á Córtes. Desde entónces vistieron los grandes señores los casacones de la servidumbre, y el pueblo, rebajado, decia en tiempo de Felipe II, y más aún en el desgraciado reinado de Cárlos II: ¡viva la Inquisicion, y viva el rey absoluto! Sólo así se explica cómo la nacion más poderosa á fines del siglo XVI haya venido á tal grado de degradacion y miseria que hoy se permitan los demas países de Europa proclamar que la España es la primera nacion de Africa. Injuria grande que enciende nuestro rostro, pero que por lo mismo que es verdad, no se puede rechazar como calumnia. Ya que nosotros no podemos vengar este agravio, supliquemos á nuestros hijos que sean prudentes y tengan más juicio que nosotros para recobrar en su dia el sitio que nos corresponde entre los países civilizados.

LEY SEPTUAGÉSIMAQUINTA.

(L. 14.ª, TÍT. 11.º, LIB. V DE LA REC., Y L. 9.ª, TÍT. 13.º, LIB. X DE LA NOV.)

Solemnidad y diligencias para retraer el comunero la cosa vendida.

Si alguno vendiere la parte de alguna heredad, que tiene comun con otro, en caso que segun la ley de la Partida la pudiera el comunero sacar por el tanto, sea obligado el que la quisiere sacar á consignar el precio en el tiempo é término é con las diligencias é solemnidades, é de la manera que la pudiera sacar el pariente más propinco, cuando fuera de su patrimonio é abolengo, de suerte que lo contenido en la dicha ley del Fuero é Ordenamiento de Nieva y en estas nuestras leyes aya lugar é se platique en caso que el comunero quiera sacar la cosa vendida por el tanto.

COMENTARIO.

1. Esta es la última ley de Toro que habla del retracto, y leyéndola superficialmente parece que no hace más que reproducir lo que se dispone en la anterior, en que se trataba de los derechos del señor del dominio directo, del superficiario y hasta del mismo comunero. No hay nada de eso. Allí se pone en competencia á los parientes retrayentes con los que tenian una parte del dominio en la misma cosa. Aquí se atiende al perfecto derecho de los condueños para retraer la parte que no le corresponde, vendida á un extraño.

2. Y aunque esta diferencia sería bastante para que el legislador hubiera deslindado los mismos derechos del condueño, habia precision de hacer idénticas declaraciones, teniendo en cuenta lo que disponia la legislacion comun. Ya hemos dicho en otra parte que el retracto no se conocia en la legislacion romana, aunque podia sostenerse que en realidad existió ese derecho cuando se trataron de evitar los daños que lleva en pos de sí el condominio.

3. En efecto, recorriendo las diversas leyes que tratan de la proindivision y con especialidad la 3.ª *C. de communi* y la 1.ª *communi dividend*, se nota que en ellas ya se daba la preferencia al condueño para adquirir la cosa por el tanto. Mas esta preferencia cesaba en el instante que se habia consumado la venta, lo cual es contrario á todas las condiciones del retracto, que es una cosa enteramente distinta de la del tanteo.

4. Por eso las leyes de Partida, y particularmente la 55.ª, título 5.º, Partida 5.ª, que es á la que se refiere la ley de Toro, no hace más que conceder ese derecho de tanteo, como puede verse por su contesto: «Dos omes ó más, habiendo alguna cosa comunalmente de so uno, decimos, que cualquier dellos puede vender la su parte maguer la cosa non sea partida. E puedela vender á cualquier de los que han en ella parte ó á otro extraño. Pero si alguno de los que han parte en la cosa, quisieran dar tanto por ella como el estraño, ese la debe haber ante que el estraño. E la vendida del estraño, se debe entender que puede ser fecha ante que sean entrados en pleito de la parte. Ca si el pleito fuere ya comenzado en juicio para partirla, entonce no la podria vender al estraño fasta que fuere partida, fueras ende con otorgamiento de los otros compañeros.»

5. La diversa inteligencia dada á esta ley, produjo confusion y clamoreo sosteniendo unos que no habia derecho más que al tanteo, pero no para adquirir la cosa despues de vendida á un extraño, defendiendo otros que, áun consumada la enajenacion, podia el condomino usar del derecho de retracto. La ley de Partida no lo dice, ni fija término, ni se remite á lo que pudieran decir los antiguos códigos. Copia el derecho romano y hasta se nota en ella la circunstancia especialísima de que habla de *cosas* y no de heredades ó fincas raíces, únicas sobre las cuales se puede ejercer el derecho de retracto. Así es que el tanteo se concede con arreglo á esta ley al condueño de la cosa mueble, como un caballo, una alhaja ú otra cosa de la misma especie.

6. Para dar una norma á los tribunales y para que supieran á qué atenerse cuando ocurriesen casos de esta naturaleza, se promulgó esta ley de Toro, y los mejores comentadores sostienen, no sólo que el comunero tiene el derecho de retracto equiparándole al concedido al pariente y sometiéndole á las reglas y condiciones prescritas para éste, sino que hacen notar que esta ley, en vez de hablar de cosa como el texto de la ley de Partida, usa de la palabra *heredad*, que es el distintivo de todos los retractos, derecho que sólo se ejercita en las cosas inmuebles.

7. Tambien se ocupan los autores de quién y cómo puede ejercitarse ese derecho de retracto cuando son muchos los comuneros. Así como se concede el preferente derecho en el de abolengo al más próximo pariente, ¿se otorgará igual gracia al que tenga mayor porcion en la cosa que se halle proindiviso? No hay paridad en ambos casos. En el retracto de sangre se atiende á la persona, y es uno é indivisible el derecho, como acontece en la sucesion abintestato. En el retracto, establecido por esta ley á favor de los comuneros, no se destruye ni se podia destruir el inconcuso derecho del que ya era condueño, siquiera fuese de una pequeña parte, porque esta es la naturaleza del condominio. La razon natural dicta, que cuando ocurren casos semejantes, que no serán muchos por cierto, el derecho de retracto se otorgue prorateando la parte proporcional que cada uno tenga en la misma finca, teniendo para ello presente dos consideraciones de gran peso. Es la primera, que en el retracto de los comuneros no se atiende á la persona, sino á la finca, sucediendo lo contrario en el de abolengo. Es la segunda, que aunque se concediera un derecho preferente al mayor porcionista, no por eso desapareceria la mancomunidad, que tanto aborrecen los buenos principios legales. Así es, que miéntras la finca está proindiviso, renace el derecho de retracto cuantas veces se enajene una parte mayor ó menor de la finca, al paso que cuando ésta es de abolengo, desaprovechada la ocasion por los parientes, su derecho no renace habiendo pasado la finca á un extraño.

8. Por último, diremos que, para que tengan lugar ese derecho de tantear, concedido por la ley de Partida copiada y de retraer, por lo que se dice en esta ley 75.ª de Toro, es indispensable que la mancomunidad exista de hecho y de derecho, sin saberse cuál es la porcion de cada uno de los comuneros, ó más propiamente dicho, dónde se halla ésta. En el momento que fal-

ten estas circunstancias desaparecen los derechos de tanteo y de retracto; así lo tiene determinado el Supremo Tribunal en sus sentencias de 18 de Junio de 1857, 24 de Marzo de 1860, 28 de Enero y 1.º de Abril de 1865. No puede darse más feliz remate á esta delicada y trabajosa materia de retractos que la copiosa y abundante doctrina que se encuentra en esas sentencias.

LEY SEPTUAGÉSIMASEXTA.

(L. 1.ª, TÍT. 10.º, LIB. IV DE LA REC., Y L. 4.ª, TÍT. 37.º, LIB. XII DE LA NOV.)

Ninguno sea dado por enemigo en rebeldía sin preceder prueba legítima, y tres meses despues de la sentencia de su condena.

Mandamos que á ninguno den nuestras justicias por enemigos en rebeldía sin probanza legítima, y pasados tres meses á lo ménos despues de la condenacion, é que sea pedido por el acusador; é si de otra manera lo dieren, que sea en sí ninguna la sentencia que sobre ello se diere, en lo que toca á darlo por enemigo.

COMENTARIO.

1. Al más profundo civilista le molesta, si no le aterra, tener que discutir cualquier punto de jurisprudencia criminal. Las teorías de uno y otro derecho descansan en muy distintos principios, y en ninguna profesion es tan necesaria la division del trabajo como en la defensa y aplicacion del derecho. Sin embargo, el abogado tiene precision de ejercer su noble oficio, por más que haya, como en los médicos, notabilidades en cada uno de los ramos de su difícil profesion. Así como hay excelentes oculistas, á quienes no se les puede encomendar la supuracion de una herida leve, del mismo modo hay letrados que desempeñan á las mil maravillas la defensa de un reo de alta traicion, y no se les puede dar que redacten una simple demanda de desahucio. Esto quiere decir que si Hipócrates elevaba con razon hasta las nubes la medicina y la dificultad que el hombre tenía de ser buen médico, haciendo célebres aquellas palabras *ars longa, vita brevis experimentum dificile*, nosotros repetire-

mos, contra el divino autor, que tambien el jurista, por más que se afane y estudie no llegará nunca á conocer los arcanos del corazon, ó sean, mejor dicho, las pasiones de la humanidad para calificar la bondad y malicia de las acciones para aplicarlas el debido correctivo, que es la base y fundamento de toda buena teoría criminal. Y ménos aún poseerá el precioso dón de simplificar las intrincadas cuestiones que diariamente ocurren en el deslinde de los derechos civiles.

2. Fatigado y siempre modesto el autor de este libro, que lleva cuarenta años despachando tantos pleitos como el que más, siempre le sería muy difícil, despues de haber escrito un apéndice en materia criminal, comentando muy ligeramente la imprudente reforma del código que habia sido explicado por Pacheco y que tantos beneficios habia producido al país, añadir nada sobre castigos y ménos sobre procedimientos del juicio criminal.

3. Las leyes de Toro no habian resuelto, hasta esa ley 76.ª, más que cuestiones civiles. En ésta se lanza el legislador á resolver uno de los puntos más interesantes del procedimiento criminal. Se trata en dicha ley, si ausente el procesado, puede darse sentencia condenatoria, que cause estado, que sea perfecta ejecutoria. La ley requiere que para que recaiga esa condenacion en rebeldía, haya probanzas legítimas y que trascurran tres meses despues de pronunciada la sentencia condenatoria.

4. Sin quererlo estamos con las manos en la masa sobre el procedimiento criminal. En las ligeras indicaciones que nos vamos á permitir, emitiremos nuestro parecer con gran timidez, pero al propio tiempo sin vacilaciones ni dudas. Y como primera idea reproducimos aquí lo que más de una vez hemos dicho en el foro. El código penal de procedimientos es la ley más difícil y más atrasada en la ciencia. Ningun sistema de los seguidos en la culta Europa nos satisface. Ni el juicio oral ni el escrito, en los términos que se practican uno y otro, nos dan el resultado que apetecemos. Allá en nuestra juventud, cuando por deber y por caridad concurríamos á las cárceles á interrogar á los desgraciados que nos elegian por sus defensores, ó cuya clientela nos tocaba de oficio, salíamos con el alma contristada al ver con el indiferentismo que los gobiernos han mirado esos albergues en donde se proyectan la mayor parte de los futuros delitos. Y hé aquí una tésis que por sí sola sería bastante para que se luciera el ingénio de un buen legista. A nosotros nos toca decir que el primer capítulo de un código de

procedimientos penales tenía que echar los cimientos de los edificios en que debian custodiarse los detenidos.

5. Los muy curiosos leerian con gusto una disertacion histórica sobre las cárceles de los pueblos más civilizados. No tenemos instruccion para emprender este trabajo. Diremos sí que las naciones más adelantadas pusieron esmerado empeño en encerrar á los verdaderos ó supuestos criminales en los sitios más hediondos y que causaran el mayor espanto. Aténas y Roma, Venecia y París podian disputar á Babilonia la celebridad de los calabozos en que metian á los llamados reos de Estado. La Inquisicion dejó atras á esos adustos legisladores, y hasta inventó nuevas habitaciones donde se pusieran en juego los medios de descubrir la verdad. Nos referimos al tormento, máquina infernal que degrada al hombre colocándole al nivel del más irracional de los brutos.

6. Somos los primeros que recomendamos á la presente y futuras edades huyan y abominen á los que, imitando á los sensualistas de antaño, quieren que la humanidad no mire más que á los goces materiales estableciendo el nivel de fortunas para aprovecharse de ellas cabalmente los más desalmados. Todo esto es un grave mal y producirá grandes perturbaciones, muy pequeñas siempre al lado del sistema constante de dar tormento á todo presunto reo y quemar á los vivos á nombre de Dios. Las desgracias de hoy, por grandes que sean, irán desapareciendo, porque no pueden subsistir. Las teorías penales de otros tiempos y un amor inconsiderado al principio religioso, lanzó en aquellos sistemas funestos á hombres que valian y amaban la virtud. En los siglos de ignorancia el fanatismo es la mayor de las epidemias, y grande y permanente y aflictiva era la situacion del ciudadano, expuesto siempre á los caprichos y venganzas del que, á título de administrar justicia ó defender los intereses de la religion, satisfacia sus pasiones aviesas. La historia del tormento y de la Inquisicion y de los perpétuos encarcelamientos demuestra por sí sola que no el rigor de las penas, no los castigos draconianos son los que disminuyen los delitos ni ménos moralizan á los pueblos. Y cuidado que somos partidarios de la pena de muerte y de otras severas y quizá de alguna que ha desaparecido; pero esto no impide que rechacemos los inícuos medios coercitivos, la imposicion de verdaderos castigos ántes de que se declare la culpabilidad, y que no pocas veces se impusieron á séres desgraciados á quienes habia que declarar inocentes. Hoy mismo es una ignominia el estado de

las cárceles de la mayor parte de los pueblos de Europa, con especialidad de España; y cuando comentamos una ley que habla de prision, lícito nos es levantar el grito hasta el cielo pidiendo reforma y mejora en este ramo de la administracion pública.

7. Y ántes de descender á detalles referentes á la ley 76.ª, que nos sirve de texto, digamos tambien algo sobre el antiguo procedimiento criminal. Si el tormento era uno de sus mayores auxiliares y los papeles viejos, al referir estas escenas con que se sustanciaban las causas de la mayor parte de los delitos, no hay que decir que el juez sumariante, y el escribano que daba fé de esa escena de tigres y los sayones que ejercian el papel de verdugos, representaban un cuadro que todavía no ha pintado ningun autor, por más que alguno lo haya ensayado.

8. Y no se piense que ese recurso infernal producia siquiera el beneficio de la pronta conclusion de los procesos. Sin pauta ni regla fija en la investigacion de los hechos y en la acumulacion de las pruebas, ya para la criminalidad, ya para la inocencia, se perpetuaban los trámites de una manera indefinida. Los aficionados á papeles viejos pueden rebuscar, en los archivos de las antiguas chancillerías y audiencias, más de un proceso que duró diez y quince años. Habia desaparecido ya el tormento y esos medios tiránicos de que tanto se abusó en los siglos XVI y XVII y en nuestros tiempos, publicado ya el reglamento provisional para la administracion de justicia, que introdujo no pocas y saludables reformas, todavía hemos intervenido en causas incoadas hacia muchos años. Hoy mismo está pendiente el proceso sobre el asesinato del conde de Reus, marqués de los Castillejos. Escribimos estas líneas á fines de Octubre de 1874, y de seguro se ha de concluir este libro ántes que haya ejecutoria en esa causa.

9. Y no exclamen los innovadores, diciendo, que todo tendrá remedio con la creacion del jurado, institucion establecida en la mayar parte de los pueblos de Europa, y que ha de ser la panacea con que se han de destruir las corruptelas de los antiguos tribunales de justicia. Si esa prediccion fuera cierta, nosotros nos daríamos el parabien, porque sobre todo y ante todo amamos como el que más las mejoras y los adelantamientos sociales; pero al propio tiempo nos encogeríamos de hombros, quemaríamos nuestros libros y reconoceríamos que nuestras profundas meditaciones y trabajos intensos de cuarenta años habian sido completamente improductivos y nuestra inteligencia

de escasísimo valer. Mas nuestra individualidad sería siempre insignificante y no tendríamos otro consuelo sino recordar, que profesaron las mismas opiniones los juristas revolucionarios y no revolucionarios que florecieron en España desde principios del siglo hasta que ha salido esa pléyada de jóvenes, pocos en número, que se burlan de lo que aprendieron en las escuelas y oyeron á sus padres y abuelos. Recórranse las obras legales escritas en España de sesenta años á esta parte, y no se encontrará un solo autor que defienda la nueva doctrina. Todos piden á voz en grito que se forme cuanto ántes un buen código de procedimiento criminal; ninguno ha indicado la idea que se establezca por vía de ensayo el sistema del jurado. El ejercicio de nuestra profesion y un crédito inmerecido, nos colocó desde nuestros primeros años en la situacion de tratar y oir á los Camboneros y Argumosas, á los Perez Hernandez y Pachecos, á los Calatravas y Gomez Becerra, á los Cortinas y Acevedos y á otros mil sabios que pertenecieron al ilustre colegio de Madrid. Ninguno discutia siquiera en sério, si era útil y conveniente la institucion del jurado en un buen sistema de procedimiento penal. Podrian discrepar esos hombres inteligentes sobre cuál constitucion política era la preferible, no sobre quiénes habian de juzgar sobre la aplicacion de las penas. El que más se atrevió á ensayar el jurado en una ley de imprenta y para castigar los desmanes de ésta, sean ó no sean delitos. Aquella ley cayó en el mayor descrédito en el poco tiempo que duró, porque hasta los hombres científicos hacian gala de burlarse de esa institucion. Aún recordamos que en el año de 1341 fuimos jurado en compañía de dos acreditadísimos abogados de Madrid, los Sres. Ortiz y Florez y Martinez Remon. Ni ellos ni el autor de este libro tenian pasion política, ni en realidad estaban afiliadas á ningun partido. Sin embargo, absolvieron sin escrúpulo alguno un artículo incendiario, porque á nadie se le puede obligar á ser juez á la fuerza, á que sea médico, ni cura, ni abogado.

10. Era preciso que un gran trastorno social despertara el amor á esa institucion, que despues de todo se creó en los siglos de más ignorancia, y son los tribunales que se conocen hasta en los pueblos canívales. Petulancia sería en nosotros entrar de lleno en estos debates. No han trascurrido seis meses, y todas las clases sociales, los grandes y los pequeños, los ricos y los pobres, los sabios y los ignorantes, claman por la abolicion de esa mal llamada ley que no queremos calificar. Si en los

pueblos donde cuenta muchos años el jurado y que parece debia estar incrustado en las costumbres, los mejores publicistas reconocen la necesidad de reformarlo, sustituyéndolo con los jueces de derecho, bien puede afirmarse que en España desaparecerá pronto y dejará un triste recuerdo.

11. Sin entrar en el exámen de profundas consideraciones, porque nos gusta vencer las dificultades con el exámen de hechos que conocen todos y están al alcance de los más imperitos, preguntaremos á los entusiastas del jurado si es posible que pueda prosperar en un país en que con la mayor dificultad se consigue de los que presenciaron un hecho criminoso, vengan á decir la verdad. Y faltan á su deber, no porque amen el delito y ménos al delincuente, sino por temor de futuras venganzas. Se mata á un hombre en la plaza pública en medio del dia, ó en una taberna ó en otro sitio semejante, en que hay diez, doce, veinte testigos presenciales, y el juez sumariante se fatiga é interroga á dichas personas y no consigue nada. ¿Pueden ser jueces mañana esas personas para calificar el hecho? ¿Los podrán sustituir personas más pudientes y que tengan ciertas condiciones? Entónces el privilegio, y desde ahora afirmamos serían tan incapaces como los otros para administrar justicia.

12. Y todo esto, segun nuestro sentir, es pequeño é insignificante al lado de una reflexion que no tiene réplica y que lo mismo afecta á la institucion en España que en Inglaterra. Si los hombres encanecidos en el estudio del derecho y deseosos de buscar la verdad y administrar recta y cumplida justicia dudan en no pocos casos cómo se deben calificar ciertas acciones y hasta dónde pueden tenerse en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes, ¿es posible que el pueblo rudo y tosco sea apto y capaz, aunque tenga rectitud y buen deseo, para resolver esas dudas que se ofrecen al más grande de los juristas? No há mucho tiempo que se ha establecido en nuestra patria el recurso de casacion en lo criminal. Estudien los curiosos las sentencias pronunciadas por el Supremo Tribunal, y verán que en no pocos casos se han equivocado las audiencias en sus apreciaciones. ¿Qué sucederá al patan y á la persona no entendida y al que no puede tener la independencia del hombre sabio que, en union con compañeros, tiene que decidir sobre la vida y la hacienda de sus semejantes? Atributo noble, facultad extraordinaria, pero que alguno la ha de desempeñar. ¿Querrá esto decir que no deberian ser magistrados más que personas llenas de merecimientos? Si fuera posible, los más instruidos, los más

dignos, los más santos deberian aspirar á ejercer este sagrado ministerio. Quiere decir que para conseguir tal objeto, es necesario que rija y gobierne una gran ley de organizacion de los tribunales y que no vista la toga de la magistratura nadie, ni por favoritismo ni por intrigas. Esto podrá conseguirse á fuerza de tiempo en los países que gozan de tranquilidad. Si en España no podemos tener esas halagüeñas esperanzas, merced á nuestros grandes trastornos políticos, no florecerá la administracion de justicia ni se corregirán los males del órden judicial con implantar el jurado en un país que nunca lo conoció y ménos en tiempos en que el furor de los partidos lleva á todas las cuestiones la pasion política. No conocemos las informaciones que han debido remitirse al ministerio de Gracia y Justicia contestando á las preguntas hechas por un ministro que, como jurisconsulto, siempre se burló del jurado. Esos antecedentes serán un nuevo comprobante de estas ligeras conclusiones. Ya que se ha hecho el mal, bueno es que el escarmiento evite en lo sucesivo nuevos ensayos, aunque desgraciadamente en España las cosas muy malas no mueren definitivamente y suelen revivir para darnos nuevos tormentos.

13. Y basta ya de jurado; los que quieran adquirir mayores instrucciones en esta materia, les recomendamos con especialidad los profundos artículos publicados por la prensa.

14. Al revisar esta cuartilla para remitirla á la imprenta, tenemos la satisfaccion de decir, que sucumbió el jurado y que es probable no resucite en España, como nuevas convulsiones y desaciertos no le den vida.

15. Volvamos á nuestra tarea, de la que nos hemos desviado más de lo que debíamos, porque si bien la prision de que habla la ley de Toro tiene gran enlace con todos los asuntos referentes al procedimiento criminal, sobre algunos de los cuales nos hemos permitido emitir algunas ideas, la prision por sí sola es más que suficiente, para que sobre ella se escriba un volúmen. Y nos fijamos en la prision, porque cuando ésta se verifica no ocurre seguirse la causa en rebeldía é imponerse pena al reo ausente, que es el caso verdaderamente resuelto en la ley 76.ª de Toro. Ya hemos anunciado ántes, que privar á un ciudadano de la libertad es en rigor una pena y que esta pena la sufre más de una vez el inocente, á quien no se le indemniza jamas de los daños y perjuicios que ha sufrido. Todos los gobiernos y todos los juristas reconocen la procedencia y justicia de indemnizar á la víctima, y así está mandado y dispuesto en to-

dos los códigos. Prácticamente no se realiza nunca esa indemnizacion. Tan solo cuando hay acusador privado, se le imponen las costas, daños y perjuicios, si injustamente persiguió al inocente. Pero repetimos que esos casos son rarísimos y únicamente suelen obtener esas indemnizaciones algunos periodistas afortunados que, aunque fueron condenados por ejecutorias, al posesionarse del poder sus amigos, no los que les causaron el daño, sino las arcas públicas hacen las indemnizaciones de que no nos queremos ocupar, porque intentamos escribir un libro sério.

16. Violento ó como quiera que sea el acto de la detencion, que luégo se convierte en prision, ello es, que es un suceso que llena de afliccion á las familias, pero del cual no ha podido prescindir ningun legislador. Si no se detuviera y pusiese á recaudo á los presuntos reos, quedarian impunes todos los delitos, con especial los más atroces. Es, pues, una necesidad imperiosa coartar la libertad, si bien esto debe hacerlo el juzgador con tino y prudencia, y admitiendo las fianzas oportunas al tratarse de la investigacion de hechos que no estén castigados por el código con verdaderas penas aflictivas.

17. Como la huida es un acto natural del amor de sí mismo y como esa ausencia puede realizarse, aunque no se haya cometido delito, porque hay muchas personas que profesan la doctrina de ponerse en salvo aunque se les acuse de haber robado la Giralda de Sevilla, magnífica frase de Martinez de la Rosa, las leyes no han querido que las sentencias que se pronunciaren en estos procesos sean verdaderas ejecutorias y que, por el contrario, se abran las causas en el momento que los procesados fueren habidos ó se presentaren.

18. Y esto es antiquísimo en la legislacion. La ley 5.ª, *ff. de pœnis* disponia que siempre que hubiera de imponerse una pena corporal aflictiva, y mucho más si era la de muerte, no se tuviera por pronunciado el fallo en cuanto se referia á su ejecucion. Los romanos llevaban hasta el exceso las consideraciones al reo ausente. No permitian siquiera que se tomara declaracion á testigos, ni áun para que sirviese *ad perpetuam rei memoriam*, lo cual era imprevisor é injusto, porque esto es lo mismo que dejar completamente impune el delito.

19. Sin embargo, tanta humanidad tenía sus excepciones. Se admitian testigos en tres casos, á saber: «En el delito de lesa majestad, en el que comete el oficial público que delinque en su oficio, segun la ley 21.ª, *C. de pœnis*, y en el de castrar á

otro ó hacerlo espadon, ley 3.ª, *ff. ad legem Corneliam de siccariis, vers. et qui hoc crimine*, los mismos que parecen comprendidos en la ley 7.ª, tít. 8.º, Partida 3.ª, por las palabras que usa: «fueras ende, si el hierro fuere de traicion ó de aleve ú otro alguno de aquellos sobre que pueden acusar al home ó dañar la fama, maguer sea finado.»

20. Y en esto las leyes de Partida, copiando al derecho romano, no hacian más que conformarse con las costumbres y disposiciones de los códigos de Castilla. En el Fuero Real se halla inserta una extensa ley, que es la 4.ª, tít. 3.º, lib. II, que tiene por epígrafe: «En qué manera deben proceder los jueces contra el que fuere acusado sobre muerte, ú otra cosa que merezca pena de muerte.» No se hacia en dicha ley más que reproducir lo que con gran extension tambien trataba la ley 22.ª del Estilo y que vino á reproducirse todavía con más proligidad en el Ordenamiento Real y su ley 11.ª, tít. 2.º, lib. III, en que se concede audiencia al reo ausente, aunque haya sido citado y emplazado por tres veces. Todavía D. Juan I publicó en Segovia en 1380 una pragmática, que es la ley 15.ª, tít. 2.º, lib. III del Ordenamiento Real, que trata de la manera en que debe ser oido el que fuere condenado á muerte en ausencia. Teniendo presentes todas estas teorías, los Reyes Católicos en 1503 publicaron otra pragmática, que es la ley 1.ª, tít. 37.º, lib. XII de la Novísima Recopilacion, en la cual se explica detalladamente cuál debe ser el procedimiento contra reos ausentes y rebeldes. Todo esto se explicó aún más claramente en el art. 12 del Reglamento provisional para la administracion de justicia.

21. Pudieron en lo antiguo disputar Gomez y Avendaño sobre si se anula ó no se anula la sentencia pronunciada en rebeldía, porque siendo válido el proceso, válida debe ser tambien la sentencia, segun sostiene el primero, al paso que el segundo admite la legitimidad del procedimiento; pero niega quo pueda llevarse á cabo la sentencia, ínterin y hasta tanto que no se confirme, porque de otra manera sería inútil é ineficaz esa audiencia del procesado, presentárase ó no se presentara voluntariamente.

22. La aplicacion de estas leyes y de otras publicadas recientemente, varian el órden del procedimiento. En períodos tristes de nuestra historia han creido los reyes, que hasta sin figura de juicio debian imponerse las penas más duras creando para ciertos delincuentes tribunales especiales. D. Felipe IV promulgó las pragmáticas de 15 de Junio y 6 de Julio de 1663,

sobre el modo de proceder contra los bandidos y salteadores que anden en cuadrilla por caminos ó despoblados. Lo mismo resolvió Cárlos III, por real órden de 24 y cédula del Consejo de 27 de Mayo de 1783 sobre persecucion de malhechores, breve determinacion de sus causas y ejecucion de las penas que merezcan, segun puede verse en la ley 2.ª del mismo título y libro de la Novísima Recopilacion. Todo esto no era más que ampliar y explicar lo que ya mandaba la ley 6.ª, título 2.º, libro 8.º del Fuero Juzgo y las 15.ª y 18.ª, título 4.º, libro IV del Fuero Real.

23. Y esta severa rigidez, que puede confundirse con la crueldad, se ha reproducido en las modernas épocas. Los hombres liberales de 1820, promulgaron la ley de 26 de Abril de 1821, estableciendo trámites especiales contra los que roban en cuadrilla compuesta de cuatro ó más personas y sometiéndoles en muchos casos á los consejos de guerra. Fernando VII, que sabia imitar lo que no era bueno, cuando creia que le tenía cuenta, estableció comisiones militares, no sólo para perseguir á los malhechores, sino para que no se pudiera respirar en política.

24. Aquí quisiéramos concluir la reseña de ese procedimiento criminal; pero aunque nos cause vergüenza, tenemos que decir, que en esta segunda época de regeneracion se restableció la ley de 26 de Abril de 1821, y lo que es peor, que ha habido ocasiones en que á la gran institucion de la Guardia Civil se le ha dado órden de matar instantáneamente á los bandoleros de Andalucía. Reconocemos que este desgraciado país está en convulsion contínua y son ineficaces y nulas todas las leyes suaves y humanitarias. Si la política exige que el estado normal de la patria sea el de guerra y que todas las leyes y los principios callen, entónces los juristas estamos de más y la cuestion no puede resolverse con arreglo á las buenas teorías legales. Cuando ha gozado el país de algunos períodos de tranquilidad, cortos por cierto, la sustanciacion de los procesos, estando ausentes los reos, ha seguido su curso oyéndose al procesado, si fuere habido ó se presentare y volviendo la causa á sumario para ratificar las diligencias practicadas, si eran dignas de ratificacion, ó llevar á efecto otras nuevas, segun lo que expusiese ó alegare el reo. En esto merece elogios la magistratura, que no es la responsable de la duracion de las causas.

25. No hay hoy por consiguiente plazo de tres meses, para que se declare firme la sentencia pronunciada contra un ausen-

te, ni ménos se tiene por bastante prueba la ejecutada, porque al reo siempre se le oye. Ménos está vigente lo que las antiguas leyes disponian sobre entregar al acusador para que por sí propio ejecute la sentencia, lo cual se significaba declarando al reo enemigo. No era necesaria la publicacion del Código penal, para que estuviese derogada esa funesta teoría de convertir en verdugo al perseguidor. Felipe V promulgó en 21 de Octubre de 1723, la famosa ley 3.ª, título 20.º, libro XII de la Novísima Recopilacion, prohibiendo que ninguno pueda tomar por sí la satisfaccion de cualquier agravio ó injuria que otro le hiciere.

26. Ya habia caido en desuso que el marido pudiera matar á los adúlteros, ni que el padre ó hermano atentara á la vida del forzador de su hija ó hermana, segun así estaba establecido en la ley 3.ª, título 8.º, Partida 7.ª, ni ménos que el pariente dentro del cuarto grado pudiera vengarse del homicida segun el contesto de la ley 2.ª, título 1.º, Partida 7.ª

27. Los que quieran formar coleccion de lo que establecieron nuestros códigos sobre ese estúpido derecho de venganza pueden entretenerse en la lectura de la ley última, título 1.º, libro III y la 1.ª, título 17.º, libro II del Fuero Real, con la cual tiene gran analogía la 4.ª, título 17.º, libro IV del mismo código, estando establecidos los mismos derechos en la 4.ª, título 13.º, libro VIII del Ordenamiento Real.

28. Concluiremos este ya difuso comentario repitiendo que si en algun tiempo pudo cuestionarse como justa ni ménos prudente esa autorizacion, que se concedia por las antiguas leyes al acusador para ejecutar la pena, hoy ese derecho no lo ejerce más que el poder público; y que si bien se concede á todo ofendido y sus parientes dentro de cierto grado la accion de acusar, sus gestiones se limitan á pedir la aplicacion de las penas que marca el Código y el natural resarcimiento de daños y perjuicios. Mas en los procesos no intervienen ellos solos. Tiene verdadera y legítima representacion el ministerio fiscal, que representa á la sociedad. Sería inconducente y digno de crítica que entráramos en la empeñada contienda de si ese poder público puede ó no puede someter á un tercero la ejecucion de la pena capital, y por consiguiente al mismo acusador. De este principio parten algunos comentaristas á debatir si Dios ha dado potestad á los hombres para imponer la pena capital á un semejante, cuestion en que no habia divergencia en lo antiguo, sin que tuvieran necesidad de acudir al capítulo 13.º de la carta de San Pablo á los romanos, ni al capítulo 6.º de la sabiduría de

Salomon. Hoy, que salen á plaza todas las cuestiones, no sólo se califica de brutal la imposicion de la última pena, sino que se niega el derecho de castigar á los mismos poderes públicos. Es decir, que el asesino, el incendiario, el que arruina y atenta contra los bienes y seguridad del vecino, si no comete un acto loable, puede muy bien ejecutarlo; pero nadie, absolutamente nadie, inclusa la misma víctima, puede tomar satisfaccion ni ménos trasmitir su derecho á la sociedad entera para que castigue al delincuente. La pena que nosotros impondríamos á los que tales ideas sustentan, estaria reducida á que se pusieran en práctica dos hechos: uno no entrar en polémica con tales autores, como no se entra en discusion con algunos desgraciados; otro no administrarles justicia cuando la pidieren por las ofensas que hubieren recibido, porque la sociedad, segun ellos, no puede crear ni constituirse en tribunal. No es esto decir que nosotros queramos aplicar aquel adagio tan profundo de que el loco por la pena es cuerdo. Sólo sí nos parece conveniente que tales doctrinas encontraran la debida aplicacion en los sucesos que ocurrieran á esos mismos filósofos. Y pasemos á la ley siguiente, que tambien se roza algo con las teorías penales.

LEY SEPTUAGESIMASÉTIMA.

(L. 10.ª, TÍT. 9.º, LIB. V DE LA REC., Y L. 10.ª, TÍT. 4.º, LIB. X DE LA NOV.)

Por el delicto que el marido, ó la muger cometiere, aunque sea de heregía, ó de otra cualquier calidad, no pierda el uno por el delicto del otro sus bienes, ni la mitad de las ganancias avidas durante el matrimonio, é mandamos que sean avidos por bienes de ganancia todo lo multiplicado durante el matrimonio, fasta que por el tal delicto los bienes de cualquier dellos sean declarados por sentencia, aunque el delicto sea de tal calidad que imponga la pena *ipso jure*.

COMENTARIO.

1. ¡Cuán hermosa es la teoría de que no se puede castigar á un inocente, y que para que haya pena es indispensable que exista delito! ¡Cuán legítima es la consecuencia tambien de que sólo el castigo debe ser extensivo al delincuente y no á sus desgraciados hijos y mujer! Así lo dijeron los libros santos: *anima quæ peccaverit*, dice, *ipsa morietur*, *filius non portabit iniquitatem patris, et pater non portabit iniquitatem filii.*

2. Los grandes pensadores de Roma no podian desconocer esos mismos principios, por más que su legislacion penal dejara mucho que desear. Las leyes 26.ª, *ff. de pænis*, y la 22.ª, *C. de pænis*, contienen estas significativas palabras: *pecata igitur suos teneant autores, nec ulterius progrediatur metus, quam reperiatur delictum.*

3. Y sin embargo, no sólo se intentó limitar ese precepto de legislacion universal y de la moral más sublime, sino que de hecho se limitó y se defendió la limitacion acudiendo nada mé-

nos que á Santo Tomás y defendiendo que en los delitos de lesa majestad es justo que las penas se hagan extensivas á los hijos de los delincuentes, incapacitándoles para que adquieran ciertos honores y beneficios. En efecto, en más de un código se sienta como teoría corriente que la *infamia* se trasmite con la sangre y que el que comete un delito de alta traicion mancha á sus hijos y les transfiere como parte de su penalidad esa misma infamia.

4. No es necesario acudir á la moderna civilizacion para rechazar semejantes blasfemias jurídicas. El gran Grocio y el no ménos célebre Puffendort, el primero en el cap. 21.°, lib. II de *jure belli et pacis*, párrafo 12.°, y el segundo en el cap. 3.°, libro VIII de *jure nat. et gent.*, párrafo 30.°, discuten amplísimamente esta materia, y con gran copia de razones demuestran hasta la saciedad la iniquidad é injusticia de hacer extensivas á la mujer é hijos los castigos que sólo deben sufrir los verdaderos culpables. ¿Puede existir mayor infortunio que haberse unido á una persona ó deberla el sér, la cual merece los castigos más atroces porque tambien ha cometido los atentados más horribles? Los que en el ejercicio de nuestro ministerio y cumpliendo los deberes más sagrados de la caridad hemos oido los llantos de desgraciadísimas mujeres y de niños en la más tierna edad, comprendemos cuán grande, cuán inmenso es el infortunio de estos desventurados que han venido al mundo para un eterno sufrir. Las leyes que intentan imprimir mayor afrenta sobre personas tan dignas de lástima, no pueden promulgarse sino en países donde se desconozca completamente uno de los primeros atributos de la justicia, que es distinguir á cada ciudadano por sus acciones. No se nos oculta que la sociedad siempre mira con repugnancia, ó por lo ménos con desden, al hijo del verdugo, y más aún al del asesino ó salteador de caminos. Cabalmente esta es una doble razon para no añadir afliccion al afligido. Déjese que á cada persona se la juzgue por sus acciones y no por su cuna. En este particular hemos sido los españoles el pueblo más democrático del mundo. Los más altos puestos de la milicia y de la toga han sido ocupados muchas veces por personas que habian nacido en los más pobres albergues y sin que fuera obstáculo para su encumbramiento la conducta ó proceder de sus padres.

5. La ley que estamos comentando se ocupa sólo de los derechos de la mujer ó del marido que tuviera la desgracia de que su cónyuge hubiera cometido un delito. Cuando esto acontez-

ca, dice, que por el delito del uno no pierda el otro sus bienes ni la mitad de las ganancias, aunque el crímen sea de tal calidad que imponga *ipso jure* ese castigo. Despréndese desde luégo del texto de esa ley que por algunos delitos se imponia la confiscacion de bienes. En tales casos quisieron los Reyes Católicos que los bienes gananciales que pudieran corresponder á la mujer ó al marido hasta el dia de la comision del delito, no pudieran ser objeto de confiscacion. Tan loable decision merece aplaudirse y es digna del mayor elogio esa reforma. En realidad no es más que una consecuencia de los principios ántes sustentados. Si la pena no puede ni debe ser trasmisible ni á los hijos ni á la mujer ni á nadie que tenga relaciones de parentesco con el delincuente, tampoco se puede hacer esa aplicacion tratándose de intereses.

6. La teoría ha dado pasos adelantados en esta materia. Hoy no se conoce en ninguna legislacion europea la confiscacion de bienes ni contra los reos de lesa majestad. Preventivamente y como medida de cautela suele decretarse el secuestro, no en guerra de nacion á nacion, sino en las tristes y desgarradoras luchas civiles. Por delitos comunes no se confiscan ni áun los bienes de los delincuentes, que testan, si tienen algo de qué testar, como si estuvieran en el hogar doméstico.

7. Tal vez le ocurra á alguno la duda de si esos bienes gananciales de que habla la ley de Toro, están sujetos á la correspondiente indemnizacion y resarcimiento de daños y perjuicios. Fijemos un caso, que es muy comun y ordinario. Un dependiente del gobierno, de un comerciante ó de una empresa industrial maneja cuantiosos fondos. Con su trabajo ha hecho un capital, cuya mitad, segun derecho pertenece á la mujer. Este individuo, por depravacion ó desgracia en sus especulaciones, defrauda los intereses públicos ó los de los particulares y naturalmente, al ser penado, parte de la pena es la indemnizacion. Se pregunta: ¿se destinará para el resarcimiento de daños todo el capital que ántes de la comision del delito habia reunido y que en rigor pertenecia en su mitad á la mujer como ganancial? Si se aplicara literalmente el texto de la ley 77.ª de Toro, parece que la mujer deberia sacar la mitad de ese capital que la ley le daba, pero esa interpretacion sería injusta y hasta absurda. El marido dirige y maneja los bienes gananciales á su albedrío como no se le imponga una intervencion judicial. Esos bienes los dedica á las especulaciones más arriesgadas y los pierde, y la mujer no tiene más remedio que sufrir esa pérdida sin que

le sirva recordar la época en que su esposo era más económico ó más afortunado. La sociedad conyugal para los efectos de las pérdidas y ganancias es una verdadera compañía, cuyo gestor tiene las más ámplias facultades, y este gestor es el marido que tiene que responder con los capitales que maneja como propios de todos los actos de la vida.

8. Hace muchos años estuvo á nuestro cargo la defensa de un cumplido caballero que tenía una inmensa fortuna. Este gran caudal se componia de una pingüe herencia heredada de sus parientes, de la rica dote llevada por su esposa, y muy principalmente *de los bienes gananciales adquiridos durante su matrimonio*. Este caballero estaba al frente de un gran establecimiento de crédito, del cual desaparecieron grandes valores, de que realmente debia responder su director. Aunque la pena aflictiva que se le impuso fué en su grado mínimo, se le condenó á la indemnizacion, y en esta entraron no sólo todos los bienes propios del penado, sino todos los adquiridos durante su matrimonio. La esposa no salvó más que su dote y ni siquiera intentó que se promoviera esa duda de si podia sacar algunos bienes gananciales. Con este motivo el autor de este libro estudió la ley 77.ª de Toro y todos sus comentaristas, y llamó de puerta en puerta en casa de todos los letrados de fama y no encontró uno siquiera que le alentara para promover gestiones sobre el particular. Ni era posible hacerlo. Si cuando quiebra cualquier ciudadano entran todos los bienes del quebrado para responder de las deudas, y entre estos bienes ocupan un lugar preferente los adquiridos por el marido, ¿cómo no han de entrar los gananciales, para cubrir responsabilidades mayores, cuales son las indemnizaciones que proceden de delito?

9. La ley 77.ª de Toro, al garantizar los derechos del consorte inocente, respecto de los bienes gananciales adquiridos hasta la comision del delito, se refieren al perdimiento de los bienes, á su confiscacion, no á derechos de tercero, que hayan podido ser perjudicados por el delito. Estos derechos se harán efectivos por las reglas comunes, teniendo en cuenta la naturaleza de los gananciales y los títulos y categoría de la persona que los administra.

10. Los autores se esplayan en explicar qué se entiende por bienes gananciales. No nos parece éste lugar oportuno para discutir este punto. La ley 77.ª de Toro comprende tres extremos distintos. Es el primero, que por el delito de un cónyuge no pierde el otro sus bienes propios, lo cual no aconteció nunca,

aunque estuviese muy generalizada la confiscacion. Es el segundo, que tampoco pierde la mitad de los gananciales habidos durante el matrimonio, con las limitaciones que nosotros hemos expuesto en punto á indemnizaciones de daños y perjuicios. Y es el tercero, que se entiende por ganancia todo lo multiplicado durante el matrimonio. ¿Se comprenderán en esa palabra todas las adquisiciones hechas por los cónyuges en cualquier concepto? No, porque lo primero es, que esos bienes sean ganancias y no han merecido jamas el título de tales los que adquiere el esposo ó la esposa por herencias, donaciones simples ú otros títulos semejantes. Esas controversias podrán promoverse siempre que se hable de gananciales, no para aplicar esta ley que se refiere al procedimiento penal, sino cuando se discute el punto civil sobre distribucion de esos gananciales. Un abogado viejo y afortunado en consultas tiene siempre algun caso práctico á que remitirse. Falleció un distinguido facultativo que dejó una fortunita regular, y sus herederos querian que se extrajesen de la masa comun 5.000 duros, que le habia regalado un enfermo por quince dias de curacion. Ciertamente es un trabajo que estaba bien pagado con 200 duros, segun los mismos apuntes del médico; pero esto no quita á la donacion su carácter de remuneratoria, en cuyo caso ese regalo era verdaderamente ganancial. Le aconsejamos á la viuda no cediese en ese terreno, y en efecto se le adjudicó en su dia en la particion la cuota que la correspondia del caudal hallado á la defuncion de su esposo, declarándose todos los bienes gananciales, porque ninguno de ellos habia llevado nada al matrimonio, ni adquirido tampoco durante él herencias ni donaciones simples.

11. Siempre quedamos descontentos al concluir el comentario de una ley. En algunos creemos haber sido difusos en demasía. En otros nos parece que hemos incurrido en el defecto contrario, siendo demasiado concisos, como nos sucede en la actual. Para esto tenemos un remedio y es remitir al lector descontentadizo á otros autores de más nota y nombradía. Entre todos los que hemos registrado, creemos que el que da más extension á esta materia es D. Francisco Suarez en su Tratado de las leyes, libro V, capítulo 8.º

LEY SEPTUAGÉSIMAOCTAVA.

(L. 11.ª, TÍT. 9.º, LIB. V DE LA REC., Y L. 11.ª, TÍT. 4.º, LIB. X DE LA NOV.)

La mujer casada pueda perder por delicto los gananciales y demas bienes que le pertenezcan.

La mujer, durante el matrimonio, por delicto pueda perder en parte ó en todo sus bienes dotales ó de ganancia, ó de otra cualquier cualidad que sean.

COMENTARIO.

1. Así como al comentar la ley anterior recordábamos que cuanto pudiéramos decir en aquella materia, todo quedaba reducido á explicar el derecho antiguo, el cual habia desaparecido de todos los códigos, porque en rigor representaba una época de atraso y en lo que entraba por mucho el espíritu de tiranía, que dominaba en las altas esferas del gobierno, lo propio se puede decir de lo que manda y dispone esta ley. Su injusticia no consistia en igualar á la mujer con el hombre cuando cometia delito, mandando tambien que, al perder la vida, perdiera igualmente los bienes. Es decir que la atrocidad estaba en repetir y ratificar tambien la confiscacion como un accesorio de la pena capital.

2. En esto se separaban los Reyes Católicos de la legislacion comun, que habia disminuido mucho la condena de la pérdida de los bienes, dejándola reducida á los casos de que se cometiera delito de lesa majestad. Al efecto, puede verse el capítulo último de la Novela 134, en que se habla de muchos delitos que no llevan en pos de sí la pérdida de los bienes.

3. Pero lo particular es, que respecto de la mujer existia esa

pena de confiscacion privándosela del derecho de disponer de lo suyo. No era el fisco el que adquiria aquellos bienes, sino el marido, por más que por alguno se defienda que esto estaba reducido á los bienes dotales, segun la ley 4.ª y 5.ª de *bonis damn.* Dígase lo que se quiera en la legislacion romana, la ley de Toro habla, no sólo de los bienes dotales, sino de los de ganancia ó de otra cualquier calidad que sean. Cierto que en la ley se lee que la mujer pueda perder, no sólo los bienes dotales, sino todos lo demas, lo cual no es lo mismo que de hecho los pierda, y especialmente si no hubiera cometido delito de lesa majestad, violencia pública, parricidio, veneno ú homicio. En estos cinco casos la ley 3.ª *ff de bonis damn*, mandaba que el fisco fuera preferido en adquisicion de la dote con la exclusion del marido.

4. Lo irregular, lo injusto era, no sólo sostener la confiscacion, sino en muchos casos dar al marido una especie de resarcimiento ó recompensa por el delito que cometiera su mujer. Respecto del adulterio hay bastante que decir al comentar las últimas leyes de Toro, y para entónces nos reservamos discutir esta delicada materia. Reduciéndonos ahora á la presente, diremos que ni por los delitos comunes ni por los de lesa majestad se pierden hoy los bienes. Abolida la confiscacion, no sólo en las constituciones promulgadas desde 1812, sino en el Código penal, no habia de haberse dejado vigente para que se aplicase á las pobres mujeres que, mereciendo el título de criminales, serán siempre más dignas de lástima que los hombres. Si el fisco no tiene derecho á los bienes de los penados, cualquiera que sea la ley que en lo antiguo estaba vigente, ménos puede concederse al marido esa especie de herencia forzosa con perjuicio ó menoscabo de los herederos legítimos de la mujer, que difícilmente delinque (se trata de los delitos atroces), sin que tenga participacion, ó por lo ménos conocimiento el esposo. Las mujeres, como los hombres criminales, testan en la capilla y lo hacen con sujecion á las leyes comunes y generales, habiendo desaparecido el derecho del fisco y tambien el del esposo, favorecido por erróneos conceptos en tiempos antiguos. No hay para qué entremos en esas distinciones de si la mujer se hacia sierva de la pena y cuándo podia luchar con más ó ménos ventaja con el fisco, el marido ó los parientes dentro del tercer grado. Todo esto pertenece á la explicacion de leyes que afortunadamente han sido abolidas, y no habiendo hoy jurista que sostenga la utilidad y conveniencia de teorías que nosotros calificaremos de crueles y codiciosas y que son indignas de figurar

en ningun código. Ojalá pudiera haber la misma armonia entre los amantes de la ciencia penal sobre la suavidad ó severidad de los castigos y medios de llevarlos á efecto. Cuestiones son estas que seguirán dividiendo á los filósofos y que el legislador debe decidir con tino y prudencia, no sólo en los tiempos calamitosos, sino áun en aquellos en que haya completa tranquilidad, época la más á propósito para hacer ensayos é innovaciones.

LEY SEPTUAGÉSIMANOVENA.

(L. 6.ª, TÍT. 2.º, LIB. VI DE LA REC., Y L. 10.ª, TÍT. 2.º, LIB. VI DE LA NOV.)

El privilegio de no ser presos los hijosdalgo no se estienda á las deudas procedentes de delito ó cuasi.

Ordenamos é mandamos que las leyes de estos nuestros reinos que disponen que los fijosdalgo é otras personas, por deuda no pueden ser presos, que no haya lugar ni se platiquen, si la tal deuda descendiere de delito ó casi delito, antes mandamos que por las dichas deudas estén presos como si no fuesen fijosdalgo ó exemptos.

COMENTARIO.

1. Esta ley y lo que en ella se dispone recuerdan los antiguos tiempos del privilegio. Todo esto está abolido en la mayor parte de los pueblos de Europa, y no es la nacion española la que se ha quedado á la zaga en hacer dichas reformas. Todos los ciudadanos son iguales ante la ley, y desde tiempos antiguos se habia establecido esta misma igualdad en el castigo de los delitos.

2. Sobre ello versa el contexto de la presente ley de Toro. En nuestro antiguo derecho estaba establecido y era corriente la prision por deudas. La clase noble, y la más inferior aún, los hijosdalgo, tenian el privilegio de no poder ser presos por deudas. Son muchas las especies vertidas sobre el particular en los antiguos códigos, y como muestra nos permitiremos citar la ley 12.ª, tít. 1.º, lib. IV del Ordenamiento Real, cuyo epígrafe es que los caballeros y armas de los caballeros no sean prendados. Más terminantes son las leyes 3.ª y 4.ª del tít. 2.º del mis-

mo lib. IV. La última dice: «que el fidalgo no pueda ser preso por deuda ni ser puesto á tormento.» Los Reyes Católicos confirmaron esta ley en Toledo en 1480, y luégo en la presente ley establecieron la verdadera distincion entre las deudas procedentes del delito y las deudas comunes.

3. Valiéndose de la ocasion del privilegio de los hijosdalgo se entretienen algunos autores en explicar el orígen de esta clase y cuántos y de qué especie eran sus privilegios. Nosotros hemos dicho lo bastante sobre la materia al ocuparnos de las vinculaciones, y sería una especie de redundancia inexcusable volver á tratar de este punto cuando se discute si ha lugar ó no ha lugar á encarcelar á ciertas y determinadas personas. Ademas de los muchos autores que citamos en nuestro comentario sobre mayorazgos, puede consultarse á Otálora, que escribió un libro curioso sobre la nobleza de España; y contrayéndonos al texto de la ley, diremos que esos mismos privilegios quedaron limitados y suprimidos cuando la deuda *descendiere de delito ó cuasi delito*. ¿Qué quiere esto decir? Que cuando hubiese que hacer un reintegro por el daño causado al cometerse un delito, pudiera el noble ser encarcelado como cualquiera otro ciudadano. La legislacion moderna ha suprimido completamente la prision por deudas civiles; pero ha sustituido á ciertas penas pecuniarias la prision, un dia de cárcel por cada medio duro. Cuestion es esta árdua y trascendental, cuyo exámen corresponde á otro libro. Nosotros, con ciertas limitaciones, somos partidarios de la detencion, siempre que se trate de castigo de delitos, y no somos grandes censores de la prision por deudas que hasta hace muy poco estaba vigente en pueblos muy adelantados de Europa. El pobre es castigado con severidad y con razon, porque de otro modo no habria sociedad, cuando hurta ó roba frutos por valor de 100 reales, y el caballero de industria vive holgadamente y se burla de sus acreedores y no tiene correctivo alguno porque goza de plena libertad y está en actitud de explotar sus engaños siempre que cubra las apariencias y pueda decir en el Tribunal que siente mucho no poder pagar al que le prestó, porque no tiene medios para hacerlo.

4. No hay para qué entrar en el exámen de si los hijosdalgo, que salian fiadores, podian ser encarcelados por las deudas procedentes de delito cometido por la persona que habia sido procesada como autor ó cómplice de ese mismo delito. Creemos que para ser consecuentes era preciso reconocer el derecho que asistia al acreedor para que se verificase el arresto del fiador, por-

que ya sabia el motivo y razon en que descansaba la fianza. El contrato no se podia haber celebrado sino despues de estar consumado el hecho, porque para ántes no habia siquiera pretexto á la fianza, y lo comun y general es que esta seguridad se dé para disminuir el infortunio del penado. Sería una burla que el fiador eludiera la ley, valiéndose del pretexto de que era noble ó hijodalgo. El único autor que defendia la opinion contraria, que es Bobadilla, reconoce, en el lib. III, cap. 15.º, núm. 24 de su tratado de política, que habia lugar á la prision del fiador, segun así lo habia sentenciado la chancillería de Valladolid, obligando á un hijodalgo de Medina del Campo á pagar, juzgado y sentenciado segun lo mandó el corregidor de aquel pueblo que habia procedido á la prision de dicho hidalgo. Los tribunales se conformaban con la racional opinion de Castillo.

5. Sin embargo, contra esa ejecutoria y contra las sólidas razones expuestas por Castillo, Narbona y otros autores levantaron una cruzada acudiendo á las decretales, al capítulo 29.º del eclesiástico y elogiando hasta las nubes el acto de piedad y caridad del que sale por fiador de otro, cuya virtud no se ha de empañar trayendo sobre el fiador nada ménos que un verdadero castigo. Todas esas reflexiones descansan en un dato erróneo suponiendo inocencia en el fiador y siendo en cierto modo digno de sufrir la pérdida de sus intereses aquel que habia sido perjudicado por el delito de otro. Si alguno ha de ser víctima y padecer quebranto en sus intereses, séalo en buen hora el que se ofreció voluntariamente, en cuyo caso se encuentra el fiador, á quien nadie le obligaba á libertar al pariente ó al amigo de las consecuencias de una persecucion merecida.

6. Si á esto se agrega que el hijodalgo gozaba de un privilegio odioso, lo cual es preciso siempre restringir y con más fundamento tratando de perjudicar á tercero, á cuyo favor se dió esa misma fianza, nosotros siempre nos hubiéramos inclinado á la jurisprudencia de la chancillería de Valladolid y á las opiniones de Castillo, caso de que hoy se tuviera que aplicar la ley 79.ª de Toro, porque su precepto es bien liso y llano al decir que el hijodalgo sea y pueda ser preso por deudas que descendiesen de delito ó casi delito. Mas, como ya hemos indicado en varios puntos, esas disposiciones legales no son más que un recuerdo histórico, porque en primer lugar nadie es conducido á la cárcel ni detenido por deudas, siquiera estas deudas procedan de delito ó cuasi delito, como no sea el caso especial que marca el Código penal, ni ménos reconoce la ley categoría ni

distincion alguna en el cumplimiento de las obligaciones y contratos y ménos cuando éstos proceden por sucesos que puedan calificarse de criminosos.

7. Nos parece no es digna de mayor comentario esta ley ni merece que molestemos la atencion del lector explicando qué es delito y cuasi delito, definiciones que son más propias de un tratado elemental y que aprende el jurista en los primeros años que se dedica al estudio para ejercer despues las altas funciones de la magistratura ó la noble profesion del abogado. Para lo que conduce á nuestro propósito, bastará decir que si las fianzas se dan con el fin de responder de deudas procedentes de delito, estos fiadores, ya sean nobles, ya sean plebeyos, tienen que cumplir con sus promesas. Pero si no pudieran llevarse á cabo por haber llegado á menor fortuna el fiador ó no tener ninguna, no por eso podrá ser perseguido criminalmente ni tampoco pedirse la prision. El que la intentare, incurrirá en la nota de litigante temerario y sufrirá las consecuencias.

LEY OCTAGÉSIMA.

(L. 2.ª, TÍT. 20.º, LIB. VIII DE LA REC., Y L. 3.ª, TÍT. 28.º, LIB. XII DE LA NOV.)

ACUSACION DE LA ADÚLTERA Y SU CÓMPLICE.

El marido no pueda acusar de adulterio á uno de los adúlteros seyendo vivos; mas que á ambos adúltero é adúltera los haya de acusar ó á ninguno.

COMENTARIO.

1. En el extenso y prolijo capítulo en que comentamos todas las leyes referentes al matrimonio, hicimos la prevencion de ocuparnos segunda vez de esta difícil materia al tratar del delicado asunto de la penalidad del cónyuge que faltare al precepto religioso y al honor del tálamo nupcial. Perplejos y dudosos nos encontramos sobre el giro que hemos de dar á esta discusion. El asunto es quizá el más grande, el más digno de llamar la atencion del legislador, pero á nosotros nos faltan las fuerzas: estamos para concluir esta obra, en mal hora emprendida, y no podemos escribir otras 200 páginas, que sin duda escribirá algun jurista que sepa desenvolver las sublimes concepciones que los entendimientos limitados perciben en confuso y no tienen talento para explicarlos. El dia que el matrimonio se constituya de un modo perfecto, la familia será feliz; y habiendo dicha en el hogar doméstico, las naciones serán venturosas y se habrá llegado al estado de perfeccion de que es susceptible la humanidad. Prediccion halagüeña, pero digna de censura, porque por lo inocente puede dar lugar á la burla. Algo podrá mejorar la constitucion del matrimonio, y por consecuencia las costumbres públicas. Las pasiones, sin embargo, nos habrán relegado al infierno, costando mucho ser virtuoso. Esto es lo natural y lo que sucederá, porque los apetitos crecerán á medida que mayores sean los elementos de riqueza de los

pueblos. En esto se funda más de un ascético queriendo encerrar en un claustro á todo sér viviente, lo cual daria por resultado acabarse el mundo contra el precepto sublime de *Crescite et multiplicamini*, que no representa más que el amor soberano del mundo, y que para el sér inteligente, y más aún para el legislador, no debe representar otra cosa que el matrimonio.

2. Todo lo que contraríe sus leyes, todo lo que influya en su desprestigio y pueda destruir los fines de la procreacion, todo eso debe ser penado y castigado por la ley. La mayor falta, hablamos con impropiedad, el mayor delito que puede cometer uno de los cónyuges, es faltar á la fé prometida, al juramento que ante los altares y fuera de los altares se han pronunciado el varon y la hembra al convertirse en un solo sér. Esa transgresion se ha llamado en todos los pueblos adulterio, y lo mismo se castiga, aunque sea con diferentes penas, en los pueblos interiores del África y en las islas en que todavía domina el canivalismo, como en las naciones más adelantadas de Europa. Lo mismo se perseguia el adulterio en las edades pasadas, en los primitivos tiempos, entre los primeros habitadores de la tierra, que en las épocas de más civilizacion de Grecia y Roma. Habia diferencia en el castigo; pero en principio la teoría era la misma. El amor comun y libre, puede ser un capricho, un acto de la demencia; mas nunca ha formado siquiera escuelas, porque los desgraciados que por orgullo y por el afan de distinguirse emiten esas ideas, son los primeros que clavarian el puñal en el seno de la esposa ó del amante que dispensara sus favores, aunque fuera al más digno de los hombres.

3. Adulterio es el dictado más tremendo que se puede dirigir á una mujer. Adulterio es la palabra más horrible que se puede pronunciar en la vivienda del ciudadano. Y lo mismo le hubiera sonado á nuestro padre Adam, si hubiera podido tener competidor, que al mayor de los soñadores de la comunidad de mujeres.

4. Y sólo la coleccion de citas históricas, recorriendo la historia de los pueblos y hablando de sus enlaces y de su manera de vivir en familia y de la perpetuidad de sus matrimonios y de todo lo que tiene cuestion y enlace con la creacion y existencia de ese vínculo, podria dar lugar á formar un volúmen de 200 ó 300 páginas. Nosotros no nos hemos impuesto más obligacion que la de reseñar: primero, la legislacion romana, descender despues al exámen de nuestras leyes antiguas, para discutir luégo las leyes de Toro, dejando para el último lugar

lo que hoy se practica, y si esto merece ó no alguna reforma. Estamos, pues, en el caso de entrar en el análisis de lo que prescribia la legislacion del pueblo rey en materia de adulterio.

5. No intentaremos nosotros equiparar la ofensa que la mujer hace al marido entregándose á otro hombre con la que la mujer recibe cuando el esposo se extravía con otra, porque en efecto, la de la hembra debe ser más poderosa y las consecuencias son mucho más funestas cuando la mujer comete delito. Pero al reconocer esta verdad, nos lamentaremos siempre, que el hombre ejerza tiranía hasta cuando se trata de los derechos de la madre de sus hijos. En la mayor parte de las legislaciones están escritas con sangre las penas de la adúltera, al paso que los libertinos recorren los lupanares y hasta hacen gala de su mala conducta, que á lo más merece la censura del hombre recto, amante de la familia.

6. Los romanos, en quienes tanto dominó el satánico yo masculino, no promulgaron leyes penales más que contra la pobre mujer. La famosa ley Julia nos puede servir de modelo. Justiniano, en la ley 15.ª, párrafo 6.°, *ff. ad leg. J. ad.*, habla de quiénes podian acusar á la mujer y nada dice contra el marido. Era tan disparatada esta legislacion, que no sólo podian acusar el marido y el padre, sino hasta las personas extrañas, lo cual, sobre inconveniente, producia las consecuencias más fatales, dando lugar á que se entrometiese en la vivienda ajena quizá un enemigo envidioso ó un amante despreciado. Ya veremos la gran modificacion que en esto ha sufrido el derecho.

7. Disponia la misma ley 15.ª en el párrafo 6.°, que el marido pudiese acusar á su mujer por adulterio, aunque fuese menor de veinticinco años. Racional es esta dispensa de edad tratándose de un derecho en que tanto interes tiene la honra y cuando sabido es, que hay muchísimos matrimonios que se contraen á los diez y ocho años y áun algunos en edad más temprana. En esa primera época es cuando hay más pasion amorosa y la injuria realmente es mayor.

8. Pero si digna de aplauso es esta concesion, no se comprende cómo á renglon seguido, en la misma ley 15.ª y párrafo 9.° del citado código, se prohibe acusar al mismo tiempo al adúltero y á la adúltera, pero sí se puede perseguir á uno de ellos. Las leyes de la Europa moderna han variado en esto completamente, como lo diremos en su lugar oportuno. No es ménos anómalo lo que el mismo derecho romano establecia sobre las diligencias prévias que debia practicar el marido ántes de

interponer la demanda de adulterio. Se comprende, que acusada la mujer y probado el delito, quedára de hecho y de derecho disuelto el matrimonio, porque áun elevando esa institucion á sacramento, y como acto religioso declarándose indisoluble el vínculo, hay muchos pueblos cristianos en que, pronunciada la sentencia en causa de adulterio y condenada la mujer, queda libre el cónyuge. Por la legislacion romana debe el marido ántes de acusar á su mujer ó al adúltero hacer dimision de ella disolviendo el matrimonio (ley. 11.ª, párrafo 10.º, *ff. ad. leg. Jul. de ad.*), y en este caso, le es libre acusar el que quiera de los adúlteros (leg. 5.ª, et. 15.º, párrafo 8.º, *ff. ad. leg. Jul. de ad.*).

9. ¿Qué prueba esto? Lo que prueba es, que el matrimonio en Roma era una cosa baladí y que ese vínculo se desataba á la menor divergencia, no pudiendo tachar de exagerados á los historiadores que refieren haber conocido matrona romana que en un año tuvo doce maridos, porque no se concibe de otro modo que á la simple denuncia precediera el repudio y expulsion de la mujer de la casa del marido, cuando no habia pruebas ni siquiera indicios de esa infidelidad.

10. No fué igual el derecho del extraño. Para que se pudiera usar esa accion popular contra la mujer casada, era indispensable que se hubiese disuelto el matrimonio (leg. 39.ª, párrafo 1.º *ff. h. t.*). Habia una sola excepcion y era cuando el marido se habia convertido en corredor de su mujer. Mas para que todo fuera anómalo, esa misma accion popular se podia ejercitar contra el adúltero, con lo cual se deshonraba á la mujer de otro, que quizá era feliz no sabiendo los extravíos de su consorte.

11. Mucho pudiéramos decir sobre la prescripcion de estas acciones. El marido podia ejercitar esta accion en el plazo de cinco años, cuyo término quedaba reducido á seis meses desde el dia en que repudió á su mujer; los extraños sólo tenian el plazo de cuatro meses para perseguir á la mujer repudiada cargando con la responsabilidad, y sufria la pena el calumniador si no probaba su denuncia. Cujacio sostiene, que cuando el marido ó el padre son los acusadores, no incurren en ese castigo, aunque no prueben el delito, siempre que hubieren procedido con buena fe. Esto significa que el pretor, como los tribunales actuales, tenía que aplicar su criterio para hacer esta calificacion. Ciertamente, la imposicion de costas, el resarcimiento de daños y perjuicios y todas las soluciones que se deriven del ejercicio de una accion, tienen que quedar al arbitrio judicial, porque en estos casos verdaderamente obran como jurados, sin

tener que atenerse á regla fija los que administran justicia.

12. Hagamos justicia á los emperadores romanos. Constantino derogó las antiguas leyes y en realidad redujo á delito privado el adulterio, permitiendo sólo la acusacion á personas determinadas como marido y padre y tios paternos y maternos, con total exclusion de los extraños (leg. 30.ª, *C. h. t.*). El mismo Justiniano, en la Novela 117, capítulo 8.º, párrafo 2.º, dispone que el marido responda de la calumnia y sufra la consiguiente pena. Esta era una garantía no pequeña en favor de las mujeres desgraciadas, para que no pudieran ser víctimas de persecuciones injustas. Tambien legislaron sobre la misma materia Diocleciano y Maximiliano, hablando no poco del Lenocinio, sobre cuya prescripcion dijeron y emitieron opiniones Ulpiano y Scebola, dos de los más grandes jurisconsultos de Roma. Abandonemos su estudio, porque debemos decir algo de nuestro derecho patrio.

13. Por más incompleto que sea un código, no puede ménos de tratar de una materia tan interesante como es la de adulterio. El Fuero Juzgo contiene todo un título, que es el 4.º del libro III, en el cual trata de los adulterios y de los fornicios. Comprende 18 leyes y habla desde la primera, si la mujer face adulterio con otros seyendo con su marido, hasta la última que se ocupa del fornicio de los clérigos. Tambien la ley 93.ª del Estilo se ocupa de ese delito, permitiendo que el marido sea el vengador de su honra. En donde más se detuvo el legislador para establecer reglas fijas sobre el adulterio fué en el Fuero Real, alguna de cuyas leyes se trasladó despues, primero á la nueva Recopilacion, y luégo á la Novísima. Hasta hace muy poco tiempo ésta ha sido la legislacion vigente, por lo cual debemos decir sobre ella algunas palabras. Dicho Fuero real dedica el título 7.º del libro IV para tratar de este asunto, y en la ley 3.ª se establece la doctrina, que el marido es el único que puede acusar á su mujer, no pudiendo ejecutarlo otro sin licencia suya. «Ca pues que el que quiere perdonar á su muger este pecado, no es derecho que otro gelo acuse, ni gelo demande por malquerencia, ni otra guisa.»

14. En este mismo Fuero Real se establecia en la ley 4.ª del mismo título y libro que la mujer pudiera excepcionar contra la acusacion del marido que él tambien era adúltero; pero el Ordenamiento de Alcalá, en la ley 1.ª del tít. 21.º, destruyó este derecho de la mujer, y esa ley es la 2.ª del tít. 28.º, lib. XII de la Novísima Recopilacion, la cual habla de otros varios extre-

mos, entre ellos de si el marido puede acusar á uno de los adúlteros sin comprender en la acusacion al otro. Tambien se ocupó de los mismos particulares el tít. 15.° del lib. VIII del Ordenamiento Real, que comprende siete leyes tratando de varios y distintos puntos referentes á ese delito doméstico.

15. Excusado es decir que el sabio rey se habia de preocupar de este delito, y en la Partida 7.ª, títulos 1.° y 17.° habla extensamente de casos y personas y da reglas para que los tribunales administren justicia en materia de fornicaciones de todo género, trascribiendo en varios pasajes las prescripciones de la ley Julia, pero ateniéndose principalmente á lo que dispusieron y mandaron Constantino y Justiniano en las leyes que ya quedan citadas.

16. Nuestro derecho, ántes de la promulgacion del Código penal, estaba reconcentrado en el expresado tít. 28.° del libro XII de la Novísima Recopilacion, y realmente era una inmensa desgracia examinar un proceso en que se tratara de adulterio. Hoy, gracias á la publicacion del Código penal, se ha hecho una excelente reforma. El cap. 1.° del tít. 9.° no contiene más que cinco sencillos artículos, desde el 448 al 452 inclusive, y sus claros preceptos son bastantes para que los jueces sepan á qué atenerse en la sustanciacion de estos juicios y tambien los ciudadanos hasta donde lleguen sus acciones y derechos. Nosotros hemos tratado de esta materia en el brevísimo comentario que hicimos como apéndice al nuevo Código penal, como puede verse en la página 292 de dicho libro y por lo cual nos abstenemos de hacer aquí ningun otro comentario. Está indicado dónde se halla en la legislacion vigente, y al expresado Código penal y no á la ley 80.ª de Toro recurrirá el letrado para ejercitar, á nombre de su cliente, esa siempre delicada accion de adulterio.

17. Y para concluir este asunto, que tanto preocupa á los hombres pensadores, diremos que si la mujer casada no tiene que responder más que á la acusacion que hoy la dirija su marido por el adulterio que cometiere, esto tiene ciertas limitaciones. La mujer casada no porque ostente este título puede escandalizar ni ménos prostituirse en la vía pública. En esto queda sujeta á las leyes y reglamentos de policía y á las disposiciones que tomasen las autoridades gubernativas para evitar semejante desenfreno. Sería el colmo de la inmoralidad que el título de casada fuera un salvo-conducto para cometer todo género de liviandades.

LEY OCTAGÉSIMAPRIMERA.

(L. 4.ª, TÍT. 20.°, LIB. VIII DE LA REC., Y L. 4.ª, TÍT. 28.°, LIB. XII DE LA NOV.)

Adulterio de la desposada y su pena, aunque alegue y pruebe la nulidad del matrimonio.

Si alguna muger estando con alguno casada, ó desposada por palabras de presente en faz de la sancta madre iglesia, cometiere adulterio, que aunque se diga, é pruebe por algunas causas é razones, que el dicho matrimonio fue ninguno, ora por ser parientes en consanguinidad ó afinidad dentro del cuarto grado, ora porque cualquiera dellos sea obligado antes á otro matrimonio, ó haya fecho voto de castidad, ó de entrar en religion, ó por otra cosa alguna, pues ya por ellos no quedó de hacer lo que no debian, que por esto no se escusen, á que el marido pueda acusar de adulterio, asi á la muger como al adúltero, como si el matrimonio fuesse verdadero; é mandamos que en estos tales, que assi avemos por adúlteros, y en sus bienes, se ejecute lo contenido en la ley del Fuero de las leyes, que fabla cerca de los que cometen delicto de adulterio.

COMENTARIO.

1. Sin merecer censura podríamos decir que el contexto de esta ley entraba en la jurisdiccion del anterior comentario. La teoría legal está admitida, porque en el art. 448 del Código dice que hay adulterio cuando la mujer casada yace con varon que no sea su marido, *aunque despues se declare nulo el matrimonio.*

2. Sin embargo, tenemos que ser consecuentes con el plan adoptado, y aunque sea con rapidez, diremos que esta ley de

Toro, así como el Código penal, corrigen el derecho comun. La ley 13.ª, párrafo *sed si, ff. ad legem Juliam de adulteris*, dice que no podia ser acusada la mujer, aunque hubiese cohabitado con cualquiera, si resultaba que su matrimonio era nulo.

3. La única duda que hoy puede ocurrir aplicando la ley de Toro, y más aún el art. 448 del Código, es si esta doctrina tambien es aplicable áun cuando el matrimonio se declare nulo por *falta de consentimiento*. Sobre esta cuestion, interpretando la ley de Toro, expusieron luminosas consideraciones Antonio Gomez, Acevedo y principalmente Castillo, que en el comentario de esta ley dice que libertó de la pena de adulterio á una mujer que por violencia habia sido precisada á contraer matrimonio y luégo el tiránico marido la acusó como adúltera. Nosotros hubiéramos hecho igual defensa, porque siempre hemos rechazado el mal llamado axioma de *voluptas quamvis coactas voluntas est*. Lo que se ejecuta por fuerza ó miedo, que cae en varon constante, es nulo é ineficaz, y la experiencia del mundo nos enseña cuántos atropellos y cuántos excesos se cometen con niñas que apénas han salido de la pubertad. Y no queremos decir de la infancia, porque nos irrita la sola idea de que ántes de los siete años se pudiera pensar en la celebracion de esponsales.

4. El lector observará que rara vez nos ocupamos de los sagrados cánones, por más que en alguna ocasion se roce el derecho eclesiástico con las materias de que se ocupan las leyes de Toro. En este punto de matrimonio no hay para qué ponderar la importancia de las leyes eclesiásticas, siendo el vínculo un sacramento. Ante todo, hay que atenerse á las disposiciones de la Iglesia, y con especialidad al Concilio de Trento, que discutió ámpliamente y resolvió de un modo definitivo muchos puntos referentes á la validez y nulidad de los matrimonios.

5. Para los efectos civiles hay necesidad hoy de recurrir á la ley que se llama de matrimonio civil, y segun las teorías allí sentadas y las reglas en la misma establecidas, ocurrirá más de un caso en que se diga que aunque se haya celebrado el matrimonio canónico, no comete la mujer adulterio porque no se casó civilmente. Esa ley, promulgada de una manera irregular y con poca ó ninguna prudencia, ha causado no pocos conflictos, y no será pequeño el que ocurra cuando el defensor de una adúltera diga que no existe ese delito porque la delincuente no estaba casada con arreglo á la ley civil. Sabido es que por las leyes del Fuero Real, especialmente por la 1.ª, tít. 7.º, lib. IV,

el marido agraviado adquiria todos los biénes de los adúlteros, á no ser que hubiese hijos, lo cual quiere la ley de Toro que se observe en todas sus partes, como se dice al final de dicha ley 81.ª Tampoco hay que repetir que estas penas han desaparecido, porque el adulterio no es castigado por el nuevo Código más que con la prision correccional en su grado medio y máximo. El marido no se hace hoy dueño del patrimonio de su mujer, que en ocasiones dadas suele ser muy pingüe. Los antiguos legisladores no fueron en esto tan escrupulosos como debian. No hay nunca compensacion pecuniaria bastante para lavar la ofensa, y no puede tampoco ofrecerse á una persona avarienta los medios de hacerse rico, tal vez á costa de manejos é intrigas de mal género.

6. Estas reflexiones podrán servir de guía á los letrados y jueces para no despojar del capital á la mujer adúltera; pero de seguro les ocurrirán no pocas dudas en la aplicacion de esos mismos principios sobre la administracion de los bienes, que no puede estar á cargo de una persona que se halla en prision y está sufriendo una pena. El marido deberá seguir administrando los bienes de la mujer, aunque éstos sean parafernales, y estará en la estrecha obligacion de dar alimentos á su consorte, porque al fin come de lo suyo. Así lo hemos visto practicar en más de una causa célebre, aunque sea preciso convenir que ni en el Código penal ni en ninguna otra ley posterior á las recopiladas se hayan establecido disposiciones sobre esto, y tampoco hemos encontrado sentencia alguna del Supremo Tribunal que tenga aplicacion inmediata á ejemplares de esta naturaleza, que han de ocurrir en más de una ocasion, porque los adulterios no se cometen sólo por las mujeres de ínfima clase. Es un vicio que, por desgracia, está mucho más arraigado entre personas que gozan de comodidades.

LEY OCTAGÉSIMASEGUNDA.

(L. 5.ª, TÍT. 20.°, LIB. VIII DE LA REC., Y L. 5.ª, TÍT. 28.°, LIB. XII DE LA NOV.)

Casos en que el marido que matare á la adúltera y su cómplice, no debe ganar los bienes de ambos.

El marido que matare por su propia autoridad al adúltero, ó á la adúltera, aunque los tome infraganti delicto, y sea justamente fecha la muerte, no gane la dote ni los bienes del que matare; salvo si los matare ó condenare por autoridad de nuestra justicia, que en tal caso mandamos que se guarde la ley del Fuero de las leyes lo que en este caso disponen.

COMENTARIO.

1. La penúltima ley de Toro, que no es más en cierto modo que un corolario de la anterior, podria comentarse tambien, diciendo que, estando abolidas las penas del adulterio, segun y en los términos que las habian fijado los antiguos códigos y de los cuales se habian trasladado al título 28.°, libro XII de la Novísima Recopilacion, el jurista no adquiria ningun conocimiento que le pudiera servir para los casos que le ocurrieran y se le consultaran, ya que por desgracia sea tan comun ó más que en los tiempos pasados la comision de este delito. Si aceptáramos esta marcha, faltaríamos á nuestro propósito, porque no sólo hemos comentado las leyes que están vigentes, sino todas las de esa coleccion, deteniéndonos en la explicacion de aquellas, que aunque pertenezcan á la historia tratan de cosas importantes, en cuyo caso se halla la presente.

2. Más de un autor toma como punto de partida en todas sus explicaciones la legislacion de Moisés. Alguna vez nos hemos permitido citar los libros sagrados; y ciertamente para de-

mostrar la antigüedad de la pena de muerte, no está fuera de lugar copiar al *Deuteronomio*, cap. 22, v. 22, *Si dormierit vir cun uxore alterius, uturque moriatur, id est, adulter et adultera, et auferes malum de Israel.*

3. Vengamos á nuestro querido derecho romano, y allí encontraremos no sólo las leyes Cornelia y Julia, aplicables á la represion y castigo del adulterio, sino á otras muchas disposiciones que sirvieron de texto á los célebres jurisconsultos de distintos tiempos para cuestionar cuándo se impuso la grave pena de muerte, y en qué tiempos estuvo abolida, hasta el punto de castigarse con el mayor rigor al marido que matase á su mujer ó al adúltero. La índole de nuestros trabajos no nos permite descender á tantos detalles ni discutir con Plutarco si ya en tiempo de Rómulo estaba establecida la pena de muerte contra el adúltero, facultando al marido para hacerse justicia, y cuyas disposiciones legales desaparecieron con la expulsion de los reyes.

4. Concretándonos á nuestro asunto, podemos afirmar con toda seguridad que en los tiempos florecientes de la República no se castigó el adulterio con la pena de muerte, ni ménos se hizo juez de causa propia al marido ofendido. Buena demostracion es que se daba el título de asesino y se condenaba como tal por la ley Cornelia al esposo que matara á su mujer ó al cómplice. Fué necesario que aquel gran emperador Antonino Pio viniera á establecer la sublime teoría que hoy sirve de pauta á todos los criminalistas para juzgar de estos hechos referentes al adulterio. Si el marido mata, dominado por el furor que produce el agravio, no queda impune; pero tampoco se le impone la pena del asesinato. Circunstancia atenuante es la injuria causada, y los tribunales tienen que estimarla en mucho para aminorar la pena.

5. Esta sola cita es bastante para demostrar que en los buenos tiempos de Roma, ni se impuso la pena de muerte á los adúlteros, ni ménos se facultó al marido para que fuera actor y verdugo en causa propia. Si fueran necesarias más citas podria verse lo que dispusieron Marco Antonio y Comodo sobre el mismo asunto.

6. Disputen lo que quieran los comentaristas del derecho romano sobre si el adulterio era ó no castigado con la última pena; en lo que no pueden ménos de convenir es en que el marido no tenía las atribuciones de tomarse la venganza por su mano. Y en cuanto á la pena capital sostendremos, que si

el emperador Constantino fué el que la estableció, es señal evidente que antes no existia. Su excesivo rigor no pudo tolerarse ni áun en aquellos tiempos en que la decadencia del Imperio Romano marchaba á pasos precipitados. El mismo Justiniano la mitigó algun tanto en la Novela 134. Mandaba ejecutar al adúltero, pero á su cómplice la imponia la pena de azotes y la reclusion perpetua en un monasterio, de donde podia sacarla el marido.

7. Entremos en el exámen rápido de nuestro derecho. El más antiguo de nuestros códigos no podia ménos de ocuparse de este punto capital de la legislacion. El orgullo de los godos no podia dejar impune ese delito, y en el tít. 4.° del lib. III del Fuero Juzgo se encuentran diversas leyes imponiendo, no sólo la pena de muerte, sino constituyendo en juez al marido. El Fuero Real, en la ley 1.ª, tít. 7.°, lib. IV reproduce la misma doctrina, la cual todavía es más explícita en la ley 1.ª, tít. 21 del Ordenamiento de Alcalá, la cual se trasladó á la Novísima Recopilacion, y es, como ya dijimos en otra parte, la 2.ª, tít. 28, lib. XII del expresado código.

8. Viene tan unánime y conforme la opinion de los legisladores, que Alfonso VII en las Córtes de Segovia de 1347 promulgó una ley facultando al marido para matar á la mujer infraganti cogida, siempre que tambien matase al seductor.

9. Y para formar una completa idea de cuán necesario era que el esposo matase á la vez á los adúlteros, no está fuera de lugar recordar aquí el pasaje que el célebre Marina cita en su ensayo histórico-crítico, al núm. 215, fol. 172. El caso es el siguiente: «un caballero de Ciudad-Rodrigo encontró á su muger yaciendo con otro caballero, castró al cómplice, y habiéndose quejado los parientes del castrado al Rey, mandó venir al castrador, y preguntádole por qué lo habia hecho, respondió: porque le habia encontrado yaciendo con su muger; y seguida la causa en la Corte fue sentenciado á ser forcado, pues que á la muger no la fizo nada, y se ejecutó la sentencia, y se dispuso para en adelante que cuando tal caso aviniere á otro yaciendo con su muger, cual ponga cuernos, si él quisiere matar é lo matar debe matar á su muger, é si la matar no será cuernero ni pechará homicidio. É si matare á aquel que pone los cuernos é no matare á ella, debe pechar homicidio é ser encornado, é debe el Rey justificar el cuerpo por este fecho;» para cuya resolucion sin duda tuvo en consideracion el legislador

impedir y precaver que el marido que no se dejase llevar más bien de espíritu y deseo de vengar su propia injuria en el que le parecia que habia hecho mayor agravio, que de amor á la justicia, eximiendo á un cómplice del mismo delito de la pena que habia ejecutado en el otro.

10. De presumir es sin saberlo que las leyes de Partida se habian de ocupar no sólo del adulterio sino de todas las penalidades, y naturalmente de los derechos que adquiriria el marido sobre los bienes de la mujer que habia cometido tan grave delito. Son muchas las leyes que hablan sobre la materia, pero para el caso actual es la más adecuada la 14.ª, tít. 17.º partida 7.ª, en que se previene al padre que no pueda matar á la adúltera ó al adúltero si no lo ejecuta al propio tiempo al cómplice, lo cual está copiado de una ley romana, la 22, párrafo 4.º, *ff. ad. leg. Juliam de adulteris.*

11. La adquisicion de bienes siempre da lugar á cuestiones. Unos juristas sostenian que el marido adquiria en todo caso los bienes de la mujer, ya fuera el ofendido quien matara, ya muriese por sentencia del tribunal, ya sosteniendo otros que cuando el marido se convertia en vengador de su agravio perdia el derecho á quedarse con los bienes de la mujer. Unos se apoyaban en la ley del Fuero Real, y otros en la del Ordenamiento de Alcalá, cuyas disposiciones hemos citado. Como era consiguiente, los tribunales tambien se dividieron, y eran distintas las jurisprudencias de las audiencias y chancillerías. La ley de Toro vino á establecer una sábia distincion privando al marido del lucro cuando matara y concediéndole todos los derechos de la ley del Fuero Real cuando hubiera recaido ejecutoria. ¡Ojalá que en vez de dirimir estas contiendas, los Reyes Católicos hubieran mitigado esas penas, que no por su dureza mejoraron las costumbres públicas!

12. Desde la promulgacion de la ley de Toro fué cada vez cayendo más en desuso esa terrible penalidad, y no recordamos haber visto ningun proceso seguido ni en el actual siglo ni en el anterior en que se haya impuesto la pena de muerte por el simple adulterio, ni ménos que se haya permitido que el marido matase impunemente á los adúlteros.

13. Para concluir diremos que nuestro Código penal, conformándose en esto con las legislaciones de otros países, castiga al marido que matare á su mujer ó al adúltero, con la pena de destierro.

14. Nos parece demasiado suave la pena del art. 438 del

nuevo código, que no ha hecho más que copiar lo que se mandaba en el art. 348 del antiguo. Lo que sí creemos sábio, previsor y prudente es lo que dice á renglon seguido el mismo artículo. Si causare á los adúlteros lesiones de otra clase, quedará exento de penas. Entendemos este precepto de un modo *racional*, porque si la lesion era castrar al ofensor como lo ejecutó el caballero de Ciudad Rodrigo, así como creemos atroz que se le forcase, de la propia manera nos parece que sería escandalosa la total impunidad. Sin embargo, el Código no distingue. Cuando no hay homicidio, pierda ó no pierda el adúltero un ojo, un brazo ó una pierna, el marido ofendido queda libre.

15. Ya estábamos metiéndonos en mies ajena comentando el Código penal y no las leyes de Toro. La 82.ª no es más que un monumento histórico, porque nada de lo en ella comprendido está vigente. Si el adulterio se mira con indiferencia por esta sociedad, no más corrompida que la de los pasados siglos, no se atribuya á la dureza de las antiguas leyes, porque ya llevamos veintiseis años de estar vigente una legislacion más previsora, y sin embargo, ese cáncer no se cura ni en España, ni en los países más civilizados, en donde tampoco son inflexibles los códigos sobre disolucion del matrimonio. Lo que esto significa es, que para disminuir en lo posible ciertos males sociales, lo que no puede alcanzar el legislador debe obtenerlo una cosa más alta, y esta cosa más grande que la ley, no puede ser más que el precepto divino, el principio religioso, sin el cual todas las leyes serán papeles mojados, porque cuando el hombre no es juez de sí propio, cuando su conciencia no mitiga sus pasiones, está siempre dispuesto á burlar los preceptos del legislador. El miedo á los castigos le contendrá algunas veces. Si detras de sí no ve más que el caos, sin duda alguna tendrá propension á lo que halague sus instintos.

16. Concluyamos diciendo, que hoy el marido no puede matar, ni ménos el padre y demas parientes dentro del cuarto grado, y ménos el extraño, á la criminal ó desgraciada mujer que comete adulterio. Tampoco y en ningun caso hace el marido suyos los bienes de la mujer. Y vamos á examinar la última disposicion de los Reyes Católicos y con la cual concluyeron ese famoso catálogo.

LEY OCTAGÉSIMATERCERA.

(L. 4.ª, TÍT. 17.º, LIB. VIII DE LA REC., Y L. 4.ª, TÍT. 6.º, LIB. XII DE LA NOV.)

A los testigos falsos se dé la misma pena que por sus dichos deberia darse á aquel contra quien depusieron.

Cuando se probare, que algun testigo depuso falsamente contra alguna persona ó personas en alguna causa criminal, en la cual sino se averiguase su dicho ser falso, aquel, ó aquellos contra quien depuso merescia pena de muerte, ú otra pena corporal, que el tal testigo, averiguándose como fué falso, le sea dada la misma pena en su persona, é bienes, como se le debiera dar á aquel, ó á aquellos contra quien depuso seyendo su dicho verdadero, caso que en aquellos contra quien depuso no se egecute la tal pena, pues por él no quedó de dárgela; lo cual mandamos que se guarde y ejecute en todos los delitos de cualquier calidad que sean, y en las otras causas criminales, é civiles, mandamos que contra los testigos que depusieren falsamente se guarden y ejecuten las leyes de nuestros reinos que sobre ello disponen.

COMENTARIO.

¡O magna vis veritatis!

Qua contra hominum ingenia, calliditalem, solertiam contra que fictas omnium insidias, facite se per se ipsa defendat. Cic. Pro. M. Celio.

1. Por ser cierta, sublime y santa la verdad, como decia Ciceron en una de sus más brillantes defensas, han castigado las leyes de Toro y de todos los tiempos al falsario y al mendaz.

Por mucho gusto y placer que tengamos de dar fin y poner coto á un trabajo, para el cual cada vez nos consideramos más incapaces, ya quisiéramos discurrir con algun mayor detenimiento al hablar de la última ley de Toro, que manda se castigue en cierto modo con la pena del Talion al testigo falsario, recomendando al final de la misma ley, que contra todos los testigos que declararen á sabiendas con inexatitud se guarden y ejecuten las leyes de los antiguos códigos. Mas la materia es tan vasta, que bien puede decirse que abraza y comprende todos los actos humanos, porque en todos ha de intervenir necesariamente, ya el que contrae, ya el que interviene en el contrato, y en fin el que ejecuta una accion. Los actos presentes se justifican por las declaraciones de testigos. El pasado se halla escrito en la historia , porque historia es el testimonio que da la fe pública y lo que resulta de escritos en que se estamparon los hechos ocurridos. Falsear estos hechos; afirmar lo contrario de lo que pasó, es lo que se llama pura y sencillamente ocultar la verdad, desfigurarla, contradecirla, sustituir en suma la mentira á la certeza, esa misma verdad, que es hija del cielo, y que no hay alma pervertida que desde el íntimo de su conciencia no la rinda tributo. Este dón, que sólo aprecia el sér inteligente, el hombre, le obliga á prosternarse ante Dios, por más que su soberbia satánica le haga decir despues, que todo es materia en el mundo y que la idea espiritual no es sino la creacion fantástica de cuatro embaucadores. Nuestro extravío nos conduce hasta el misticismo, y no es esto propio de los jurisconsultos graves, que deben decir con palabras sencillas y claras que la verdad es bella y hermosa y que la ley está en el caso de castigar la mentira y la falsedad, que es pura y sencillamente lo que manda y previene la ley que analizamos.

2. En nuestras últimas palabras no hemos de abandonar el plan y el giro que hemos dado á nuestros discursos. Sin recurrir á los libros santos, ni á los que escribieron los egipcios y griegos sobre el falso testimonio, diremos que en los códigos romanos se escribieron muchas sentencias y se establecieron grandes penas contra los que faltaren á la verdad. Como muestra remitiremos á los curiosos á la ley Cornelia de falsis, ff. título 10.°, libro XLVIII y C. título 22.°, libro IX. Y si esto no fuera bastante, puede recorrerse la Novela 73 *in principio*, en donde se define de una manera exacta la falsedad no tan lacónica y elocuentemente como lo hace la ley 1.ª, título 7.°, Partida 7.ª, que dice: falsedad es mutamiento de la verdad.

3. En esa ley Cornelia se habla en varios pasajes de los testigos falsos y de las penas que merecen. Muchos autores defienden, en nuestro concepto sin razon, que en esa y otras leyes romanas se imponia al testigo falso la misma pena con que se castigaba el delito denunciado. Texto positivo y terminante no lo hemos encontrado; y como nuestra síntesis es disminuir las penas, cuando son muy duras y más aún aquellas que causan repugnancia, defendemos á los legisladores que nos sirvieron de guía en nuestros primeros años en el estudio del derecho. La rigidez de los primeros republicanos no fué tanta que impusieran esa pena atroz á los testigos falsos, porque así lo hubieran estampado en las Doce Tablas, y allí no leemos nada que haga alusion á esa pena.

4. Nuestro Fuero Juzgo ocupa un título, que es el 4.°, para hablar de los testimonios y de lo que testimonian, y en la ley 6.ª se condena al testigo falso á que pague el tanto de lo que fué objeto del pleito. Si no pudiere pagar *sea metudo en poder daquel por su siervo.* Esto, en cierto modo, es más duro en ocasiones dadas, que la imposicion de la otra pena equivalente, pero en otros muchos casos no se acerca siquiera á la pena corporal aflictiva.

5. El Fuero Real tambien dedicó un título, que es el 8.° del libro II, para hablar de los testimonios, y en la ley 13.ª fija la misma servidumbre contra el que diere falso testimonio.

6. Las Partidas, que todo lo comprenden y de todo hablan con más extension que los demas códigos españoles, dedican nada ménos que un extenso título que contiene 42 leyes, y este es el 16.° de la Partida 3.ª Ya en el título 11.° de la misma partida se ocupa de los juros, y en la ley 26.ª se encuentra el siguiente texto: «E si por su testimonio mentiroso fué alguno muerto ó lisiado, que reciba el mismo otra tal pena.» Parece que la resolucion es terminante y clara, y sin embargo la ley 42.ª ya citada, del título 16.° de la misma Partida, que tiene el siguiente epígrafe: «que pena merecen los testigos que á sabiendas dan falso testimonio contra otro,» contiene la disposicion siguiente: «Otrosi decimos, que si ellos pudiesen saber, que los testigos que fueron aduchos ante ellos, dixeren, ó dizen falso testimonio, ó que encubren á sabiendas la verdad; que maguer otro non les acusase sobre esto, que los jueces de su oficio.»

7. Y como si no fuera bastante, la misma ley deja luégo la mayor amplitud á los jueces para que aprecien y castiguen á

los autores de declaraciones falsas. Añade la misma ley: «Que los fechos que los homes testiguan non son todos iguales, por ende no podemos establecer igual pena contra ellos, y encarga que para imponer la pena se tenga consideracion al ierro que ficieron en testiguado, ó el fecho sobre que testiguaron, concediéndoles á los jueces esta facultad, bien procedan de oficio ó por acusacion. Por la ley 8.ª, cod. tít., Partida 3.ª, se priva tambien al testigo falso de que su dicho en lo sucesivo pueda ser creido.

8. Todos estos antecedentes nos demuestran que nuestra opinion no es extraviada sosteniendo, que en el derecho romano se reconoció para el testigo falso esa pena igual á la del delito que se cometió y que tampoco era una regla fija y constante en nuestro derecho patrio. Por eso fué necesaria la publicacion de la ley de Toro, y sentimos en el alma leer en ella que se impusiera á dicho testigo falso hasta la pena capital cuando el delito atribuido se castigara con dicha pena, lo cual naturalmente habia de producir nuevas y mayores dudas que latamente discuten Gomez, Acevedo y Covarrubias.

9. La primera y más fundamental, es cuándo habria lugar á este castigo. Se acusa á una persona, v. gr., como autor de un asesinato real y efectivo, y se le impone la pena de muerte, y luégo resulta que un testigo dijo falsedad. Este es el caso más extremo. ¿Le condujo al cadalso la sola declaracion falsa de ese testigo? No, porque la declaracion de una persona no es bastante prueba. ¿Fueron dos testigos los que depusieron con falsedad? Entónces habria lugar á la aplicacion de la ley de Toro, y en este único caso sería disimulable el rigor de la ley, porque el entendimiento se espanta al juzgar la conducta de dos personas infames que friamente inventan una calumnia y que por su dicho subiera al cadalso un inocente.

10. Fuera de este ejemplar, en los demas casos la aplicacion de la ley de Toro y la de D. Felipe II, que es la 5.ª, tít. 6.º, libro XII de la Novísima Recopilacion, serán siempre inícuas, y podemos afirmar que en poquísimos casos habrán tenido cumplimiento esas leyes. Declara un testigo con falsedad; pero al reo no se le impone la pena capital; ¿cómo ha de sufrir el testigo falso ese durísimo castigo, haya todas las circunstancias agravantes que se quieran? Y todavía adquiere más fuerza el argumento cuando la penalidad impuesta al inocente ha sido de destierro ó presidio. Entónces el daño causado se disminuye, porque en ocasiones dadas hay necesidad de rever el proceso

por más fuerza y validez que tenga la ejecutoria, ó por lo ménos há lugar á la gracia de indulto.

11. Bien se concibe que nuestros clamores sólo se levantan contra la última pena. Aborrecibles en todos conceptos son los testigos falsos y dignos de ser perseguidos y penados fuertemente. Está en su lugar la segunda parte de la ley 83.ª de Toro, que manda se apliquen todas las leyes de los antiguos códigos contra los testigos que hubieren declarado en falso, tanto en los negocios civiles como en los criminales, y comprendemos perfectamente que el Sr. D. Felipe V promulgara la ley 6.ª, tít. 6.º, lib. XII de la Novísima Recopilacion recomendando á los tribunales la más rígida y severa aplicacion de las leyes contra los testigos falsos. A medida que cunde la desmoralizacion, se da ménos crédito al testimonio de los testigos, y previsor es que en cuanto al resarcimiento de daños y perjuicios y todo lo que sea ejercicio de acciones civiles se aplique con severidad la ley.

12. Es esta materia tan resbaladiza que la legislacion penal sufre diariamente modificaciones, discrepando de una manera sorprendente los juristas. Para concluir el comentario de esta ley, nos vamos á permitir ligeras indicaciones llamando la atencion del lector sobre las disposiciones que contiene el Código penal de 1848, hablando de los testigos falsos, y la modificacion ó más bien supresion que hizo el gobierno al publicar la reforma de dicho Código en 17 de Setiembre de 1870. El antiguo Código era severísimo con los testigos falsos, como lo es la ley de Toro. El moderno la pena mayor que impone es la de presidio correccional en su grado medio y máximo. Copiemos algo de dichos códigos. El de 1848 dice en el art. 241: «Que el que en causa criminal sobre delito grave diese falso testimonio, será castigado: 1.º, con la pena impuesta al acusado, si éste la hubiera sufrido por el testimonio falso; 2.º, con la inmediatamente inferior, si no la hubiera sufrido; 3.º, con la inferior en dos grados á la correspondiente al delito imputado, si no hubiese recaido sentencia ejecutoria, ó ésta hubiese sido absolutoria; 4.º, con las de presidio mayor y multa de 50 á 500 duros cuando sean menores las señaladas en los números precedentes ó no puedan ejecutarse en la persona del testigo falso.» Segun se ve por este artículo, hállase comprendido en su núm. 2.º y áun en el 3.º el caso en que la ley de Toro queria que se impusiese la pena al testigo falso, aunque no se ejecutase dicha pena en aquel contra quien declaró, si bien por el Código se impone en este caso menor pena que en el de que el procesado sufra el

rigor de la ley, graduacion justa, puesto que es menor el perjuicio causado. Asimismo se halla resuelta por dichas disposiciones la duda que propone Acevedo y que se indica en el número 8.°, sobre si deberá penarse al testigo falso, cuando ha sido uno solo el testigo que depuso falsamente, puesto que en los números 2.° y 3.° de dicho art. 241 se prescribe la pena que debe imponerse al testigo falso, segun que su deposicion fué causa de que sufriere la pena el reo ó de que recayese sólo sentencia ejecutoria, ó de que ésta hubiese sido absolutoria. Así, pues, siempre deberá imponerse pena al testigo falso, aunque éste fuera solo, segun resolvian Acevedo y Llamas en los números 8.° y 9.° de este comentario, puesto que el Código la establece áun cuando recayese sentencia ejecutoria contra el mismo, ó la que recayera fuese absolutoria, si bien es menor la pena que en los demas casos. Segun el art. 242 del Código penal, el falso testimonio dado en causa sobre delito ménos grave será castigado con las penas de presidio menor y multa de 20 á 200 duros. Si fuese sobre falta, se castigará con presidio correccional en su grado mínimo y multa de 10 á 100 duros.

Por el art. 243 se dispone que el falso testimonio dado á favor del reo, sea castigado con las penas de presidio correccional y multa de 20 á 200 duros, si la causa fuese por delito; y con la de arresto mayor y multa de 10 á 100 duros, si la causa fuese por falta.

El falso testimonio en causa civil es castigado por el art. 244 con las penas de presidio correccional y multa de 50 á 500 duros. Si el valor de la demanda no ascendiese á 50 duros, las penas serán de arresto mayor y multa de 10 á 100 duros.

El art. 245 establece que las penas de los artículos precedentes son aplicables á los peritos que declarasen falsamente en juicio.

Siempre que la declaracion del perito ó testigo fuese dada mediante cohecho, las penas serán las inmediatas superiores en grado á las respectivamente designadas en los artículos anteriores, imponiéndose ademas la multa del tanto al triplo del valor de la promesa ó dádiva. Esta última será decomisada cuando hubiese llegado á entregarse al sobornado: art. 246.

Cuando el testigo ó perito, sin faltar sustancialmente á la verdad, la alteren con reticencias ó inexactitudes, las penas serán: 1.°, multa de 20 á 200 duros, si la falsedad recayese en causa sobre delito; 2.°, de 10 á 100 duros, si recayese sobre falta ó negocio civil: art. 247.

El que presentare á sabiendas testigos ó documentos falsos en juicio, será castigado como reo de falso testimonio: art. 249.

13. Toda esta doctrina está reconcentrada en realidad en el art. 341 del nuevo Código, que dice: «El reo de acusacion ó denuncia falsa será castigado con la pena de presidio correccional en sus grados medio y máximo, cuando el delito imputado fuese grave; con la de prision correccional en sus grados mínimo y medio, si fuese el delito imputado ménos grave; y con la de arresto mayor, si la imputacion hubiese sido de una falta, imponiéndose ademas en todo caso una multa de 250 á 2.500 pesetas.»

CONCLUSION.

El peregrino, al concluir su viaje, da gracias al Altísimo por haberle dado fuerzas para cumplir con su promesa. El autor de este libro, desconfiando mucho de su trabajo, dirá sólo al lector que para escribir esta obra ha hojeado y consultado más de 4.000 volúmenes y se ha propuesto, como principal fin, hacer conocer á los que la lean ó estudien cuántas y cuán variadas y múltiples son las materias de derecho civil que se comprenden en las leyes de Toro. La muerte de Pacheco privó á la ciencia de un gran comentario. Su pariente y amigo, si no le ha sustituido enteramente, ha procurado por lo ménos no dejar incompleto el comentario por él comenzado. A los severos censores les pedimos hagan la crítica más dura de nuestra produccion, que nunca será tan fuerte como la que se permite siempre su autor de cuantos trabajos salen de su mano. Y ciertamente un entendimiento sagaz y profundo dirá muchas y mejores cosas sobre el santo matrimonio, sobre donaciones, sobre propiedad, sobre mejoras, sobre prescripcion, sobre juramentos, sobre tantas y tan delicadas materias como se discuten en estos comentarios, y las cuales fueron tratadas por hombres de mucho saber en los tres últimos siglos y que en el actual tambien ha ocupado á distintos juristas. Por nuestra parte, sólo aspiramos á que se nos conceda el último lugar al lado de tan renombrados legistas.

ÍNDICE.

Págs.

Págs.

ERRATAS Y CORRECCIONES.

PÁG.	LINEA.	DICE.	LÉASE.
11	2	L. 9.ª, lib. X, ...	L. 9.ª, tít. 6.º, lib. X,
39	2	Tít. 1.º	Tít. 3.º,
39	10	a las otras	é las otras
39	19	Es para se decir	E para se decir
39	20	legitima de tercio	legitima e tercio
41	10	al valor	el valor
58	20	al que da	el que da
63	18	ha obligado	sea obligado
71	16	habia dado	habia sido dado
77	5	lecho	hecho
80	2	L. 3.ª, tít. 40	L. 13, tít. 20
86	7	mandados	pagadas
86	8	los deudos	las deudas
96	3	(L. 5.ª, tít. 7.º y 17.º, lib. V y X, Nov. Rec.)	L. 5.ª, tít. 7.º, lib. V de la Rec., y L. 5.ª, tít. 17.º, lib. X, de la Nov.)
96	20	L. 1.ª, tít. 7.º y 17.º, lib. V y X, Nov. Rec.)	(L. 1.ª, tít. 7.º, lib. V de la Rec., y L. 1.ª, tít. 17.º, lib. X, de la Nov.)
97	17	lib. V, ...	lib. V de la Rec.,
97	26	lib. V, y L. 3.ª, lib. X, ...	lib. V. de la Rec., y L. 3.ª, tít. 17.º, lib. X.
98	6	(L. 4.ª, tít. 7.º y 17.º, lib. V y X, Nov. Rec.)	(L. 4.ª, tít. 7.º, lib. V de la Rec., y L. 4.ª, tít. 17.º, lib. X, de la Nov.)
98	25	lib. V, ...	lib. V de la Rec.,
99	9	(L. 6.ª, tít. 7.º y 17.º, lib. V y X, Nov. Rec.)	(L. 6.ª, tít. 7.º, lib. V de la Rec., y L. 6.ª, tít. 17.º, lib. X, de la Nov.)
99	16	separando	reparando
99	26	separar de dichas	reparar las dichas
115	3	le hizo	él hizo
115	8	beneficio.	Vesubio
115	12	Mora	Mossa
208	3	27 de Junio	18 de Junio
210	19	en que se	en que no se
254	15	en lo que las ganancias . . .	en lo que en las ganancias
300	2	L. 6.ª, tít. 11.º, lib. X	L. 4.ª, tít. 11.º, lib. X
312	32	sotiene	sostiene
420	2	L. 8.ª, tít. 12.º, lib. X	L. 8.ª, tít. 13.º, lib X
437	28	1341	1841


UNIVERSIDAD DE SEVILLA